Zum Problem der mittelbaren Arbeitsverhältnisse im Arbeitsrecht.

INAUGURAL-DISSERTATION

zur

Erlangung der Doktorwürde

bei der rechts- und wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät

der Universität Rostock

eingereicht von

WERNER HENKEL

Referendar aus Berlin.

19 NOLTE 34

DISSERTATIONS-VERLAG G. H. NOLTE DÜSSELDORF

Referent: Professor Dr. Walter Hallstein.

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

MEINEN LIEBEN ELTERN

VORWORT.

Die vorliegende Schrift will ein Beitrag zu einem Problem des geltenden Arbeitsrechts sein, dessen Lösung auch durch das Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit vom 20. I. 34 und durch das Gesetz über die Heimarbeit vom 23. März 1934 nicht endgültig erfolgt ist. Eine Vollständigkeit der Behandlung ist bei der Fülle der Erscheinungsformen des mittelbaren Arbeitsverhältnisses und bei den zahlreichen und schwer zu übersehenden Veröffentlichungen auf dem Gebiet des Arbeitsrechts nicht erstrebt und nicht erreicht. Nur zu den hauptsächlichen Fragen des Problems soll kurz Stellung genommen werden. Berücksichtigt sind zudem nur Fragen des Einzelvertrags. Wenn auch nicht verkannt wird, daß Betriebsordnung, Treuhänderrichtlinien und Tarifordnung den Vorrang vor dem Einzelvertrag haben (§§ 30, 32 AOG.), so sind doch m. E. auch die Fragen des Einzelvertrages einer Sonderbehandlung wert, zumal die kollektive Regelung gerade in den behandelten Fällen nicht allgemein erfolgt. Die Bestimmungen der Tarif- und Betriebsordnungen sind nur „Mindestbedingungen". Betriebsordnungen können nur in Betrieben, in denen in der Regel mindestens 20 Angestellte und Arbeiter beschäftigt werden, erlassen werden (§ 26 AOG.). In den Fällen des mittelbaren Arbeitsverhältnisses handelt es sich aber vorwiegend um kleinere Verhältnisse. Neben Tarifordnung und Betriebsordnung bleibt für den Einzelvertrag immer noch Raum genug.

Von der Rechtsprechung ist vorwiegend die neuere seit Einrichtung der Arbeitsgerichtsbarkeit berücksichtigt, soweit sie noch heute von Bedeutung ist.

LITERATURANGABEN

Amtsberg, Das Beschäftigungsverhältnis, ein Novum? N.Z.f.A.R. 1931 Sp. 682.

Anleitung über den Kreis der nach der Reichsversicherungsordnung gegen Invalidität und gegen Krankheit versicherten Personen (herausgegeben vom Reichsversicherungsamt). Amtliche Nachrichten des Reichsversicherungsamts (A.N.) 1912 S. 721—803.

Appel, Die rechtliche Stellung der Zwischenpersonen beim gewerblichen Arbeitsvertrag. 1916.

Baum, Handbuch der Gewerbe- und Kaufmannsgerichte, 1912.

Bewer, Arbeitsentgelt bei nichtigem und fehlendem Arbeitsvertrage. L.Z. 1924 Sp. 320 ff.

Biensfeld, Zum Recht der Notstandsarbeiter. N.Z.f.A.R. 1927 S. 619 ff.

Denecke, Vermögensrechtliches oder personenrechtliches Arbeitsverhältnis. Deutsches Arbeitsrecht 1934/219 f.

Dersch, Das neue Angestelltenversicherungsgesetz, 1926.

Dersch-Volkmar, Arbeitsgerichtsgesetz, 1931.

Kaskel-Dersch, Lehrbuch des Arbeitsrechts, 1932.

Dersch, Das Beschäftigungsverhältnis im Arbeitsrecht und seine Auswirkungen besonders bei Betriebsübergang. Arb.R.Praxis 1930 Sp. 142 ff., 181 ff.

— Die arbeitsrechtliche Bedeutung der Rechtsprechung des Reichsversicherungsamts zum abhängigen Arbeitsverhältnis. Deutsches Arbeitsrecht 1934 S. 193 ff.

— Sozialversicherung und Arbeitsrecht in Wechselbeziehungen ihres Personenkreises, Zeitschrift für die gesamte Versicherungswissenschaft 1930 Sp. 230.

— Das Beschäftigungsverhältnis im Arbeitsrecht, N.Z.f.A.R. 1931 Sp. 155.

— Rechtsnatur der Tarifordnung und Betriebsordnung. Deutsches Arbeitsrecht 1934 S. 65 ff.

— Das Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit, Kommentar, 1934.

Ehrenzweig, Gemischte Arbeitsverträge, Arb.R. 1931 Sp. 475.

Entwurf eines Allgemeinen Arbeitsvertragsgesetzes (aufgestellt vom Arbeitsrechtsausschuß), R.Arb.Bl., Amtl. Teil 1923 S. 498 ff.

Hedemann, Selbständige Gruppen im Arbeitsrecht, N.Z.f.A.R. 1924, Sp. 257 f.

Hengstenberg, Die Gruppenarbeit, 1930 (Hamb. Diss.).

Henle, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, II. Schuldrecht, 1934.

Hoffmann, Reichsversicherungsordnung, Zweites Buch, Krankenversicherung. 1927.

Huber, Betriebsordnung und Tarifordnung. JW. 1934/1017 f.

Hueck, Arbeitsvertrag und Arbeitsverhältnis im neuen Arbeitsvertragsgesetze, Iherings Jahrbücher 74 S. 358—386.

— Kündigungsschutz im neuen Arbeitsrecht. JW. 1934 S. 1022 ff.

Hueck-Nipperdey, Lehrbuch des Arbeitsrechts, 2 Bde., 1931 bzw. 1929/30.

Jacobi, Grundlehren des Arbeitsrechts, 1927.

Joerges, Führer und Gefolgschaft im Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit. 1934.

— Führer und Gefolgschaft im Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit, Arb.R. und Volkstum 1934/41 ff.

— Arbeitsverhältnis, Betrieb, Unternehmer und Führer nach dem Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit, Arb.R. u. Volkstum, 1934 Sp. 105 ff.

Kartenauskunftei (herausgegeben von Kallee, Stuttgart), Abt. Arbeitsrecht, Karten: Hofgänger (Molitor), Tarifvertrag (Groh), Polier (Lutz Richter), Zwischenmeister (Schieckel).

Kaskel, Tarifvertrag und Zwischenperson, Arb.R. 1928/459.
— Lehrbuch des Arbeitsrechts, 1925.
Kausen, Ist Beschäftigung im Betrieb eine vom Arbeitsvertrag unabhängige Rechtsfigur? Arb.Ger. 30/428 ff.
— Entlassungsschutz bei Wechsel des Betriebsinhabers. JW. 1931 S. 1227 ff.
— Das Treueverhältnis als Ausgangspunkt des neuen Arbeitsrechts. Deutsches Arb.R. 1934 S. 71 ff.
Kreller, Zum Entwurf eines Allgemeinen Arbeitsvertragsgesetzes, Arch.Ziv.Praxis 122 S. 1—35.
Landmann-Rohr, Kommentar zur Gewerbeordnung I. Bd. 1, 1928.
Lotmar, Der Arbeitsvertrag, 2 Bde. 1902 und 1908.
Manigk, in Anmerkung JW. 1921 S. 1309 ff.
Mansfeld, Betriebsrätegesetz, 1930.
— Die Ordnung der nationalen Arbeit (Heerschild-Reihe) 1934.
— Der Führer des Betriebes, JW. 1934 S. 1004 ff.
— Die soziale Ehre, Deutsches Recht 1934 S. 123.
— Von der Ordnung der nationalen Arbeit, JW. 1934 S. 593.
Mansfeld-Pohl-Steinmann-Krause, Die Ordnung der nationalen Arbeit, Kommentar, 1934.
Marx, Mittelbare Arbeitsverhältnisse, Arb.R.Praxis 1930 S. 33 ff.
Müller, Das Geschäft für den es angeht (Bresl. Diss. 1932).
Müller-Erzbach, Grundsätze der mittelbaren Stellvertretung, Bd. I. 1900, Bd. II, 1902.
Molitor, Kommentar zur vorläufigen Landarbeitsordnung, 1928.
— Kommentar zur Tarifvertragsordnung, 1930.
— Arbeitnehmer und Betrieb, 1929.
— Beschäftigungsverhältnis im Arbeitsrecht, N.Z.f.A.R. 1931/109 ff.
Neumann, Tarifrecht auf Grundlage der Rechtsprechung des Reichsarbeitsgerichts, 1931.
Nikisch, Arbeitsrecht, 1930.
— Das Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit, 1934.
Nörpel, Probleme der Betriebsstillegung, N.Z.f.A.R. 1930 Sp. 137 ff.
Pondorf, Hofgängerverträge in „Land- und forstwirtschaftlichen Arbeitgeber" (Beilage zum „Reichslandbund") Heft v. 17. 12. 1932 S. 43 ff.
Potthoff, Nicht Vertrag mit dem Arbeitgeber, sondern Beschäftigung im Betrieb ist Grundlage des Arbeitsverhältnisses. Arb.R.Praxis 1928 S. 5 ff.
— Kann durch Einschaltung von Zwischenpersonen die Geltung des Tarifvertrags ausgeschaltet werden? Arb.R. 1930/348 ff.
— Die Rechtsformen des Arbeitsverhältnisses. JW. 1927 S. 225 ff.
— Vertragsfreiheit und Tatsachenzwang, Arb.R. 1932 S. 349 ff.
— Vertragsrecht ohne Vertrag. Arb.Ger. 1932 Sp. 113 ff.
— Die drei Rechtsordnungen des Arbeitsverhältnisses. LZ. 1932 Sp. 933—939.
Reichsversicherungsordnung mit Anmerkungen, herausgegeben von Mitgliedern des Reichsversicherungsamts. 1930.
Richter, Rechtswirkungen der Tarifordnung. JW. 1934/1013 f.
— Arbeitsvertrag und Arbeitsordnungsgesetz, Soz. Prax. 1934 S. 249 ff.
Rustmeier, Über die Rechtsverhältnisse der Musikkapelle, Kölner Diss. 1932.
Scheffler, Gruppenarbeit. 1927.
Schieckel, Mittelbare Arbeitsverhältnisse, Arb.R. 1932 Sp. 515 ff.
Schmitt, Carl, Nationalsozialistisches Rechtsdenken, Deutsches Recht 1934 S. 225.
Schlossmann, Lehre von der Stellvertretung, Bd. I 1900, Bd. II 1902.
Schulz-Schalhorn, Aus der Praxis des Gewerbegerichts Berlin, 1911.
Simson, Zur arbeitsrechtlichen Stellung des Kapellmeisters, Arb.Ger. 1929 Sp. 6 ff.
Sinzheimer, Grundzüge des Arbeitsrechts, 1927.
Sitzler-Goldschmit, Tarifvertragsrecht, 1929.
Swarsensky, Hausmeistervertrag (Diss. Leipzig) 1932.
Treitel, Wer ist Arbeitgeber der Musiker? Arb.Ger. 1930 S. 325 ff.

v. Tuhr, Allgemeiner Teil des BGB. II 2.
Wagemann, Die Arbeitsgesetze in einem Bande. 1933.
v. Waldow, Das Arbeitsrecht der Land- und Forstwirtschaft, 1929.
Weigelt, Nicht Arbeitsvertrag, sondern Arbeitsverhältnis. Arb.R. und Volkstum, 1934 S. 6 ff.
— Stellung und Aufbau des Arbeitsrechts im nationalsozialistischen Staat. Deutsches Recht 1934 S. 126 f.
Dazu die Kommentare zum Bürgerlichen Gesetzbuch.

Wichtigere Abkürzungen.

A.N.: Amtliche Nachrichten des Reichsversicherungsamts.
A.O.G.: Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit.
Arb.G.: Das Arbeitsgericht (Gewerbe- u. Kaufmannsgericht), Monatsschrift des Arbeitsgerichtsverbandes.
Arb.R.: Arbeitsrecht. Zeitschrift für das gesamte Dienstrecht der Arbeiter, Angestellten u. Beamten, herausgegeben von Potthoff.
Arb.R. u. Volkstum: Arbeitsrecht und Volkstum, herausgegeben v. Mansfeld.
Arb.R.Prax.: Arbeitsrechtspraxis, Zeitschrift für Arbeitsrecht, Sozialversicherung und soziale Verwaltung.
Arb.Rspr.: Rechtsprechung in Arbeitssachen, grundsätzliche Entscheidungen des Reichsarbeitsgerichts u. der Landesarbeitsgerichte. (Verlag Stilke).
Bensh.: Bensheimer Sammlung. Entscheidungen des Reichsarbeitsgerichts u. der Landesarbeitsgerichte.
Landarbeitgeber: Spruchpraxis zum ländlichen Arbeits- u. Sozialversicherungsrecht, herausgegeben vom Reichsverband land- u. forstwirtschaftlicher Arbeitgebervereinigungen.
L.Z.: Leipziger Zeitschrift für Deutsches Recht.
Mitt.: Mitteilungsblatt für den Bezirk des Landesarbeitsgerichts Berlin (1929—1933).
N.Z.f.A.R.: Neue Zeitschrift f. Arbeitsrecht (herausgegeben v. Dersch, Sitzler, Syrup).
R.A.Bl.: Reichsarbeitsblatt.
R.A.G.: Entscheidungen des Reichsarbeitsgerichts, herausgegeben von dessen Mitgliedern.
Rubens: Die Rechtsprechung d. L.A.G. Berlin 1927—1932 (Stilke).
SchliW.: Arbeitsrecht u. Schlichtung (Schlichtungswesen).
V.L.O.: Vorläufige Landarbeiterordnung.

INHALTS-VERZEICHNIS

1. Literaturangaben . . . . . V—VII
2. Verzeichnis der Abkürzungen VII

I. Teil: Problem und Erscheinungsformen des mittelbaren Arbeitsverhältnisses . . . . . 1— 5

II. Teil: Die Rechtsfragen des mittelbaren Arbeitsverhältnisses . 6—49

1. Kapitel: Grundsätzliches über die Lösung der Fragen des mittelbaren Arbeitsverhältnisses. Allgemeine Fragen . . 6—29

2. Kapitel: Die Hauptfälle des mittelbaren Arbeitsverhältnisses 29—49

I. Hofgängervertrag . . . . . 29—35

II. Schweizervertrag . . . . . 35—37

III. Hausmeistervertrag 38

IV. Zwischenmeister . . . . . 38—43

V. Gruppenarbeitsvertrag . . . . . 43—49

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41552717_0159

I. Teil.

PROBLEM UND ERSCHEINUNGSFORMEN DES MITTELBAREN ARBEITSVERHÄLTNISSES.

Überall da, wo unselbständige Arbeit nicht auf Grund eines unmittelbar zwischen Unternehmer und dem Beschäftigten [1]) geschlossenen Arbeitsvertrages geleistet wird, sondern wo der Beschäftigte durch einen Mittelsmann eingestellt wird, tatsächlich aber die Arbeit für einen dahinter stehenden Arbeitgeber leistet, taucht die Frage auf, ob und welche Rechtsbeziehungen zwischen diesem Arbeitgeber und dem Beschäftigten bestehen. Nach einer feststehenden, in Anlehnung an einen Ausdruck aus dem Sozialversicherungsrecht gebildeten Terminologie [2]) pflegt man hier von einem „mittelbaren Arbeitsverhältnis" oder „mittelbaren Beschäftigungsverhältnis" zwischen Arbeitsempfänger und Arbeitsleistenden zu reden [3]). Diese Bezeichnung sagt naturgemäß noch nichts von dem Inhalt dieses Verhältnisses.

Ein Blick in das wirtschaftliche Leben zeigt die Fülle der Erscheinungsformen des „mittelbaren Arbeitsverhältnisses."

I. Nach Vereinbarung oder Ortsübung ist der Beschäftigte oft zur Stellung von Gehilfen verpflichtet.

Das ist einmal bei dem in der Landwirtschaft Ostdeutschlands, vor allem Ostpreußens, Brandenburgs, Mecklenburgs und Pommerns sehr verbreiteten Hofgängervertrag, der verschiedentlich auch Inst- oder Scharwerkervertrag genannt wird, der Fall. Das Wesen des Hofgängervertrages besteht darin, daß der Hauptarbeiter (meist ein Deputant), die von ihm übernommene Arbeit teils selbst, teils durch Hofgänger zu verrichten verspricht [4]). Sehr oft sind die Familienmitglieder, Frau und Kinder, Hofgänger. Häufig nimmt der Deputant aber auch fremde Landarbeiter als Hofgänger an. Der Deputant bezahlt die Hofgänger selbständig. Der Lohn für die Hofgänger ist in dem Entgelt, das dem Deputanten vom Gutsbesitzer gewährt wird [5]),

---

1) In der Arbeit werden in Hinblick auf die Legaldefinition des § 2 AGG. (RGBl 1934/319 ff.) die Bezeichnungen „Unternehmer" (Arbeitgeber) und „Beschäftigter" (Arbeitnehmer) gebraucht.

2) „Mittelbares Beschäftigungsverhältnis", vgl. Dersch, Arb.R.Pr. 1930 Sp. 144, AVG. § 1 Anm. 15c. S. 200 ff., näheres unten S. 9—11.

3) Vgl. etwa Kaskel-Dersch, Lehrb. S. 23, Jakobi S. 60 Anm. 69 b, Hueck-Nipperdey S. 40 Anm. 13, Kausen, Arb.Ger. 1930 Sp. 434, Schieckel, Arb.R. 1932 Sp. 515 ff., wiederholt, Potthoff.

4) RAG. Bensh. 6/20 f.

5) In der Regel besteht es aus Wohnung, Heizung, Beleuchtung, Naturalien, etwas Barlohn und zur Verfügung gestelltem Ackerland, vgl. etwa §§ 14 f. des Tarifvertrags für Landarbeiter in den Kreisen Ost- und Westhavelland, 1924, Teil B. des Tarifvertrags für Landarbeiter in den Kreisen Teltow, Niederbarnim und Berlin 1928, die zur Illustrierung dienen mögen.

miteingerechnet und mitenthalten [6]). Der Vorteil des Hofgängersystems liegt für den Gutsherrn darin, daß er immer (vor allem zur Erntezeit) hinreichend Leute zur Verfügung hat, für den Beschäftigten, daß auch gleichzeitig seine Familienmitglieder Arbeit haben [6]).

Eine ähnliche Gestaltung der Verhältnisse findet sich auf dem Lande bei den Schweizer- und Melkerverträgen. Der Gutsherr schließt auch hier in der Regel nur mit dem sogenannten Oberschweizer, dem er die Obhut über die Milchkühe überträgt, ab. Dieser ist jedoch gehalten, sich die erforderliche Anzahl von Gehilfen zu nehmen. Die Gehilfen wohnen meist bei dem Oberschweizer, sie werden von ihm entlohnt und verpflegt [7]). Die gleiche Lage besteht bei den Vorschnitterverträgen.

In Nordwestdeutschland, vor allem in der Gegend von Osnabrück [8]), sind noch heute als Überbleibsel aus der Zeit der Leibeigenschaft Heuerlingsverträge gang und gäbe. Der Heuerling erhält von einem Gutsbesitzer oder größeren Bauern eine Wohnung und ein Stück Land zur Benutzung gegen die Verpflichtung, neben einem (meist geringen) Pachtzins auf dem Gute Dienste zu leisten [9]). Öfters hält der Heuerling hierbei einen eigenen Beschäftigten, den er dem Verpächter als Ersatz für seine eigene Arbeitskraft schickt und den er gleichzeitig an arbeitsfreien Tagen in seinem eigenen Betrieb mit verwendet [10]).

In städtischen Verhältnissen kommt Wesensähnliches bei den Hausmeister- und Portierverträgen vor, wenn der Hausmeister einzelne ihm obliegende Verrichtungen durch Hilfskräfte ausführen läßt. So läßt er meist das Reinigen der Treppen und Flure, das Fensterputzen usw. durch seine Frau erledigen. In selteneren Fällen überträgt er diese Arbeiten fremden Leuten [11]).

In diese Gruppe gehören auch die Fälle, in denen die Kellnerin eines Gastwirts ein Wassermädchen, der Roller in einer Zigarettenfabrik einen Wickler, der Putzer oder Tüncher einen Träger zu stellen hat [12]).

II. Dem ersten Anschein nach identisch, wirtschaftlich aber ganz verschieden von dieser Gestaltung des mittelbaren Arbeitsverhältnisses ist die Lage, wenn ein Unternehmer Arbeiten einem sogenannten „Zwischenmeister" überträgt. Als Zwischenmeister oder gelegentlich auch Kleinakkordanten bezeichnet man solche, meist dem äuße-

6) Pondorf, S. 44.
7) LAG. Altona in Landarbeitgeber 1931 Nr. 41.
8) Vgl. Ges. über Heuerlingsverträge v. 24. 12. 1848 im Fürstentum Osnabrück, Hannoversche Gesetzessammlung III. S. 56, außer Kraft gesetzt durch Art. 55 EGBGB.
9) Über die Abgrenzung von Heuerlings- und Arbeitsvertrag, was insbes. für die Frage der Zuständigkeit des Pachteinigungsamts oder Arbeitsgerichts wichtig ist (vgl. § 2 I. der Reichspachtschutzordnung. Fass. v. 23. 7. 25, RGBl. I. 152), vgl. LAG. Bielefeld, Bensh. 16/8 ff.
10) Vgl. LAG. Bielefeld, a.a.O. S. 15.
11) Vgl. Swarsensky S. 18/19.
12) Sinzheimer S. 141.

ren Anschein nach selbständige Personen, die sich innerhalb des Produktionsprozesses zwischen Unternehmer und Beschäftigten schieben. Nach der Legaldefinition des § 3 III des Gesetzes über die Heimarbeit ist im Sinne dieses Gesetzes Zwischenmeister, wer die ihm vom Gewerbetreibenden übertragene Arbeit an Heimarbeiter oder Hausgewerbetreibende weitergibt. In anderen Verhältnissen versteht man unter Zwischenmeistern in der Regel Personen, die, wenn sie in der Fabrik oder dem Geschäft eines ihrer Auftraggeber beschäftigt wären, dort die Stellung eines Werkmeisters einnehmen würden [13]).

Das Auftreten von Zwischenmeistern ist in der Kleider- und Wäschekonfektion üblich, wo der Unternehmer eines Konfektionsgeschäftes die Konfektionsware durch einen sogenannten Konfektionsschneider anfertigen läßt. Dieser unterhält eine eigene Schneiderstube oder vergibt die Arbeit an Heimarbeiter unter [14]). Regelmäßig arbeitet der Zwischenmeister selbst erheblich mit. Ähnliche Verhältnisse finden sich auch in einer größeren Anzahl von Industriezweigen, im Verlags- und Buchdruckgewerbe, in der Spielwaren- und Musikinstrumentenindustrie [15]).

Der Zwischenmeister tritt besonders da auf, wo aus besonderen Gründen Arbeiten auch außerhalb der Betriebsstätte des Unternehmers verrichtet werden müssen. Hier hat es sich als besonders praktisch erwiesen, wenn eine Zwischenperson in den Arbeitsprozeß eingeschaltet wird, die ein erhöhtes Interesse an der Produktion hat und die die Beaufsichtigung und Leitung der Arbeit übernimmt. Das erhöhte Produktionsinteresse (nach Quantum und Qualität) ergibt sich für den Zwischenmeister daraus, daß er von seinem Unternehmer in der Regel nach Stückzahl bezahlt wird, seine Beschäftigten aber oft stundenweise oder nach Akkord bezahlt. Den Zwischengewinn behält er für sich. Soweit der Zwischenmeister seine Beschäftigten nach Stück bezahlt (vgl. § 22 des Gesetzes über Heimarbeit), erhält er selbst von dem Unternehmer für jedes Stück ein höheres Entgelt (vgl. auch § 23 I a.a.O.).

Aber auch Zwischenmeister, die ihre Arbeit an der Betriebsstätte des Unternehmers verrichten, kommen vor [16]). So gibt es auch in der Konfektion Zwischenmeister, die in den Fabrikräumen des Unternehmers arbeiten. In der Ziegelindustrie ist es häufig, die Fabrikation der Ziegel einem sogenannten Ziegelmeister zu übertragen, im Baugewerbe, die Putzarbeit durch einen Putzmeister ausführen zu lassen.

---

13) RAG. 4/287 und RAG. in JW. 1932/1271.

14) Vgl. auch Lotmar II. S. 514 Anm. 1.

15) Vgl. Schieckel, Kartenauskunftei, Karte Zwischenmeister, Appel, S. 47.

16) Es sei bei dieser Gelegenheit erwähnt, worauf Molitor, Arbeitnehmer und Betrieb S. 30/31 mit Recht aufmerksam macht, daß sich auf der Unternehmerseite aus steuerlichen Gründen mit verstärktem Nachdruck die Tendenz geltend macht, Beschäftigte durch Inhaber von Hilfsbetrieben und durch Zwischenmeister zu ersetzen. Man bedient sich statt der Handlungsgehilfen wieder der Handlungsagenten, man baut Filialen ab und verpachtet sie an

Der als Beispiel aufgeführte Ziegelmeister übernimmt meistens [17]) den Betrieb einer Ziegelei für eine gewisse Zeit und verpflichtet sich, eine bestimmte Mindestzahl von Ziegeln zu liefern. Der Unternehmer stellt die Räumlichkeiten, Maschinen und Gerätschaften und liefert das Brennmaterial. Der Ziegelmeister erhält für das Tausend Steine einen bestimmten, im voraus vereinbarten Preis. Ihm bleibt die Annahme der erforderlichen Anzahl von Gehilfen überlassen [18]).

Die Gruppe der Zwischenmeister weist die größten wirtschaftlichen Verschiedenheiten auf. In der Regel handelt es sich bei den Zwischenmeistern um wirtschaftlich schwache Unternehmer [19]), die ihren überwiegenden Verdienst aus der eigenen Arbeit am Stück beziehen. Daneben finden wir aber auch durchaus leistungsfähige Zwischenmeister, die wirklich das Geschäfts-, d. h. Gewinn- und Verlustrisiko tragen können und einen regelmäßigen Unternehmergewinn erzielen. Wir finden den Zwischenmeister, der in seiner wirtschaftlichen Selbständigkeit stark beschränkt ist, der völlig dem Betrieb des Unternehmers eingegliedert ist, dem die technischen Hilfsmittel gestellt werden und dessen Hauptarbeitgeber gewisse Eingriffsmöglichkeiten in den Arbeitsprozeß, z. B. die Befugnis zur Entlassung und Anstellung der Arbeitskräfte, eingeräumt worden sind [20]). Daneben finden wir aber den gänzlich frei schaltenden Zwischenmeister, dessen wirtschaftliche Freiheit nicht geringer ist als die eines selbständigen Handwerkers. Der Konfektionsschneider, dem sein Betrieb regelmäßig selbst gehört, unterscheidet sich nur dadurch von den gewöhnlichen Schneidern, daß er mit seinen Gehilfen nicht auf Kundschaft, sondern für einen oder mehrere Konfektionäre arbeitet.

III. Eine dritte, von jenen anderen verschiedene Spielart des mittelbaren Arbeitsverhältnisses bilden jene Fälle, in denen ein Mitglied einer selbständigen Gruppe von Beschäftigten nach außenhin selbständig auftritt und mit dem Hauptarbeitgeber über die Arbeitsleistung der Gruppenmitglieder kontrahiert. So ist es bei Musikkapellen, die in Kaffees, Variétés, Kurorten spielen, üblich, daß der Inhaber des Kaffees, der Leiter der Kurverwaltung usw. den Vertrag allein mit dem Kapellmeister abschließt, der sich seinerseits verpflichtet, eine den Anforderungen entsprechende Kapelle zusammenzustellen. Häufig kommt es aus steuerlichen Gründen und um die Sozial-

---

selbständige Unternehmer, die unter eigener wirtschaftlicher Verantwortung handeln sollen. Zum großen Teil handelt es sich hier nicht um Scheingeschäfte. Vgl. dazu Marx S. 36. Warenhäuser, die bestimmte Abteilungen nicht mehr oder nur in beschränktem Umfange haben dürfen, wie Friseur-, Tapezier- und Lebensmittelabteilungen oder Erfrischungsräume, verpachten die alten, im Warenhaus liegenden Räume an ihre früheren Angestellten, die ihrerseits wieder Hilfskräfte annehmen.

17) Es gibt keinen bestimmten Ziegelmeistervertrag. s. S. 40/41.

18) Vgl. RG. 4/422, 37/278, 72/281 ff., RAG 4/269, OLG. 14/404, 15/43, 29/4, OVG. 10/133, 8/445.

19) Appel S. 52.

20) Appel S. 50/51.

abgaben von dem Hauptarbeitgeber auf die Musiker abzuwälzen, vor, daß in den Verträgen ausdrücklich gesagt wird, als Arbeitgeber der Musiker solle allein der Kapellmeister gelten. Der Kapellmeister bildet die Kapelle dann aus den Musikern, mit denen er dauernd zusammen musiziert oder die ihn mit der Vertragsschließung beauftragt haben. In selteneren Fällen sucht er sich die Musiker erst nach dem Vertragsschluß. Das Entgelt wird meist auf eine bestimmte Gesamtsumme festgesetzt und regelmäßig nur an den Kapellmeister, nicht an die einzelnen Musiker ausgezahlt.

Ähnliche Gestaltungen wie bei der Musikkapelle kommen im Variétégewerbe bei Tanzgruppen, in der Landwirtschaft bei den Kolonnen der Erntearbeiter, im Hafenbetrieb bei den „Gängen" der Hafenarbeiter vor [21]). Nur daß hier in der Regel keine besonderen Vereinbarungen darüber getroffen werden, wer als Arbeitgeber der Kolonnenmitglieder zu gelten habe [22]).

Der Führer der Gruppe arbeitet in allen diesen Fällen wie die übrigen Gruppenmitglieder selbst mit, nimmt aber eine gewisse selbständigere Stellung ein. In manchen Fällen erhält er eine höhere Entlohnung als die übrigen Mitglieder der Gruppe. So beispielsweise der Kapellmeister oder erste Geiger bei Musikkapellen. Aber auch wenn das nicht der Fall ist, ist er der Wortführer und Sprecher der Gruppe, der mit dem Unternehmer allein verhandelt. Ihm wird auch das gemeinschaftliche Entgelt ausgezahlt, das er weiter verteilt. Er ist es, der die Anweisungen des Unternehmers entgegennimmt und für ihre Durchführung bei den Gruppenmitgliedern kraft der ihm eingeräumten Autorität sorgt. Zuweilen kann er auch Entlassungen von Gruppenmitgliedern vornehmen [23]).

IV. Die Beispiele der drei Hauptgruppen lassen sich beliebig vermehren. Selbstverständlich ist, daß in jeder Fallgruppe Verschiedenheiten, Abschattierungen und Übergänge auftreten, wie hier nur angedeutet werden kann. Die Skala der beim mittelbaren Arbeitsverhältnis auftretenden Zwischenpersonen reicht nach diesem skizzenhaften Überblick von jenem, unter eigenem Unternehmerrisiko arbeitenden, den Arbeitsprozeß selbständig leitenden Zwischenmeister bis zu jenem, selbst dem Arbeiterstande angehörigen Erntekolonnenführer oder Deputanten [24]). Es wird sich zeigen, ob dies für die Behandlung des Verhältnisses zwischen Arbeitsleistendem und Arbeitsempfänger von irgendwelchem Einfluß ist.

---

21) Diese löschen Kohlendampfer und verrichten ähnliche Arbeiten.
22) Weitere Beispiele von Gruppenarbeiten bei Lotmar II S. 491, S. 493 und dort Anm. 3, Appel S. 18, S. 25 f.
23) Appel, S. 31, 33, 35.
24) Appel, S. 24.

II. Teil.

DIE RECHTSFRAGEN DES MITTELBAREN ARBEITSVERHÄLTNISSES.

1. Kapitel.

Grundsätzliches über die Lösung der Fragen des mittelbaren Arbeitsverhältnisses. Allgemeine Fragen.

I.

Die Fälle des mittelbaren Arbeitsverhältnisses sind seit langem in ihrer Besonderheit erkannt. Eine einhellige Meinung über ihre Behandlung hat sich jedoch nicht gebildet.

Eine in der Wissenschaft und Praxis der Gerichte verbreitete Ansicht neigt seit längerem dazu, unmittelbare Rechtsbeziehungen zwischen dem Hauptarbeitgeber und dem Beschäftigten anzunehmen. Das soziale Empfinden drängt dahin, den Beschäftigten möglichst zu schützen. Wie oben ausgeführt, ist die Zwischenperson meist mittellos. Sie ist in der Regel wirtschaftlich von dem Unternehmer, der das Gewinn- und Verlustrisiko trägt, abhängig und ist selbst nur ein Teil des Betriebsorganismus des mittelbaren Arbeitgebers. Sie ist auch oft nicht selbst Eigentümerin der Betriebsmittel. Die Forderungen gegen die Zwischenperson, seien es Forderungen auf Lohn, Urlaub, Aufwendungsersatz, Schadensersatz oder sonstige vermögensrechtliche Ansprüche sind daher meist sehr unsicher. Der Beschäftigte wird regelmäßig leer ausgehen, wenn sich die Zwischenperson den Lohn selbst in die Tasche steckt und ist hinsichtlich der anderen Forderungen auf den guten Willen angewiesen, da die Zwischenperson pfändbare Gegenstände nur im beschränkten Umfange besitzen wird. Dieses Risiko, das der Beschäftigte hat, wenn er mit einer Zwischenperson abschließt, sucht man, wenn möglich, auf den Hauptarbeitgeber abzuwälzen. Man will, daß das Dazwischentreten der Zwischenperson nicht zu einem wirtschaftlichen Nachteil des Beschäftigten führt und konstruiert aus der Tatsache, daß die Arbeit tatsächlich dem Hauptarbeitgeber zugutekommt, unmittelbare rechtliche Beziehungen zwischen Arbeitgeber und Beschäftigten.

II.

Die dogmatischen Grundlagen, um zu diesem Ergebnis zu gelangen, sind im wesentlichen zwei. Nach Ansicht der einen ist nicht der Arbeitsvertrag die Grundlage arbeitsrechtlicher Ansprüche, sondern die tatsächliche Arbeitsleistung, das sogenannte „tatsächliche Beschäftigungsverhältnis". Da beim mittelbaren Arbeitsverhältnis die Arbeit regelmäßig zugunsten des Hauptarbeitgebers geleistet wird, sind danach unmittelbare Ansprüche gegen diesen gegeben. Die anderen bewegen sich in herkömmlichen Bahnen und nehmen an, daß Ansprüche nur auf Grund eines gültigen Arbeitsvertrages entstehen. Sie kommen zu dem gewünschten Ergebnis durch weitherzige Auslegung und

Anwendung der Stellvertretungsvorschriften und der Rechtsgrundsätze über das „Geschäft für wen es angeht."

III.

1. Die eben erwähnte, besonders in den letzten Jahren vor Erlaß des A.O.G. an Boden gewinnende Lehre vom tatsächlichen Arbeitsverhältnis behauptete, daß auf dem Gebiete des Arbeitsrechts der Vertrag „entthront" und beiseitegeschoben sei. In dem Maße, in dem die arbeitsrechtlichen Beziehungen durch zwingendes kollektives Recht, wie Tarifverträge (jetzt Ordnungen) und Betriebsvereinbarungen (bzw. -ordnungen), geregelt werden, habe der Einzelarbeitsvertrag seine tatsächliche Bedeutung verloren. Die Rechtsentwicklung habe dazu geführt, daß er seine Stellung überhaupt eingebüßt habe. Nach der neueren Rechtsanschauung ergäben sich alle Rechte und Pflichten nicht aus dem Vertrage, sondern aus dem tatsächlichen Beschäftigungsverhältnis. An das Beschäftigungsverhältnis knüpfen sich die Ansprüche auf Lohn (auch Tariflohn), Kündigungsschutz, Arbeiterschutz, Schadensersatz, Fürsorgerechte, andererseits das Recht auf Treue, die Arbeitspflicht, Gehorsamspflicht, kurz alle die Rechte und Pflichten, die das Arbeitsverhältnis ergeben kann.

Nach Verkündung des A.O.G. ist die Lehre vom tatsächlichen Beschäftigungsverhältnis erneut in der Rechtslehre aufgetaucht [1]), allerdings mit Einschränkungen.

Einige nehmen an, daß das A.O.G. vom Betriebe ausgeht und die Beschäftigung im Betriebe als den Tatbestand ansieht, an den eine große Anzahl von Rechtsfolgen geknüpft werden [2]). Die Treuepflicht der Gefolgschaft gegenüber dem Betriebsführer, die Fürsorgepflicht des Führers gegenüber der Gefolgschaft, das Direktionsrecht des Führers sollen unabhängig von jedem Vertrage sein und aus der tatsächlichen Einordnung in den Betrieb folgen [3]). Die Arbeitsbedingungen, die in der Betriebsordnung rechtsverbindlich festgelegt sind, sollen für alle Betriebsangehörigen, auch für die ausnahmsweise ohne Vertrag Beschäftigten, gelten [4]).

Bei allen Erörterungen wird nie geleugnet, daß regelmäßig auch ein Arbeitsvertrag geschlossen sein wird und daß das Beschäftigungsverhältnis meist mit dem Arbeitsvertrag zusammenfallen wird. Das Beschäftigungsverhältnis sei jedoch von dem Vertrage gänzlich unabhängig. Ihm messe das Gesetz die entscheidende Bedeutung zu.

2. Es ist eine ganze Literatur über den Begriff des Beschäftigungsverhältnisses entstanden [5]).

---

1) Vgl. Mansfeld-Pohl-Steinmann-Krause, § 1 Anm. 3 a 3 S. 89.
2) Nikisch AOG. S. 9, Kausen, Deutsches Arbeitsrecht 1934 S. 73.
3) Nikisch in der erwähnten Arbeit, näheres s. u.
4) Nikisch a.a.O. S. 35 f., 48.
5) Kausen, Arb.G. 1930 S. 428—443, Potthoff, Arb.R.Praxis 1928 S. 5 ff., Dersch, Arb.R.Praxis 1930 S. 142 ff., 181 ff., Nörpel, N.Z.f.A.R. 10 Ihg. Sp. 151 S. 152, Westendorf, Schli.W. 1932 S. 126, Jakobi S. 60 Anm. 67, Oppermann, Arb.R. 1926 Sp. 29 ff., Silberschmidt, Deutsches Arbeitsrecht §§ 5—7, Molitor,

Dabei herrscht ein gewisser Formulierungsstreit darüber, ob das Beschäftigungsverhältnis als rechtsgeschäftliches Verhältnis, etwa aus zweiseitigem Rechtsgeschäft [6]), (das nicht Vertrag ist), angesehen werden kann oder nicht [7]). Hier kommt es nur auf die Feststellung an, daß das Arbeits- oder anders ausgedrückt Beschäftigungsverhältnis sich im wesentlichen mit dem Begriff der tatsächlichen Arbeitsleistung deckt. Zu einem Arbeitsverhältnis gehört dabei der beiderseitige Wille, daß der Beschäftigte die Arbeit leistet [8]), d. h. die Arbeitsleistung muß in mindestens stillschweigendem Einverständnis mit dem Unternehmer geschehen. Dieser beiderseitige Wille braucht kein rechtsgeschäftlicher Wille zu sein. Ausreichend und erforderlich ist der natürliche Wille, der auch bei einem Minderjährigen und Geisteskranken gegeben sein kann [9]).

Angedeutet kann hier nur werden, daß das Beschäftigungsverhältnis die tatsächliche Arbeitsleistung überdauert und auch dann vorliegt, wenn nicht gearbeitet wird, also bei Arbeitsunterbrechungen (etwa in der Zeit außerhalb der Arbeitszeit, Sonntags, bei Krankheit) gegeben ist, falls der beiderseitige Wille weiterbesteht, die Arbeit nach der Unterbrechung weiter zu leisten [10]).

Ein Beschäftigungsverhältnis zwischen Hauptarbeitgeber und Beschäftigtem liegt in allen Fällen des mittelbaren Arbeitsverhältnisses vor. Jener Hofgänger leistet die Arbeit nicht für den Deputanten, sondern für den Gutsbesitzer. Dasselbe ist bei den Schweizern und Melkern der Fall. Die Mitglieder einer Gruppe, etwa Artisten- oder Landarbeitergruppe, leisten die Arbeit nicht ihrem Vorarbeiter. Die Musikaufführungen einer Kapelle kommen regelmäßig nicht dem Kapellmeister, sondern dem Konzertunternehmer zugute. Aber auch im Fall des Zwischenmeisters, etwa des Ziegelmeisters, wird die Arbeit oft zugunsten des Hauptunternehmers geleistet, da er den Unternehmergewinn daraus zieht und sie ihm daher unmittelbar zugute kommt [11]).

3. Eine ganz andere Frage als die, wann ein tatsächliches Arbeitsverhältnis vorliegt, ist die Frage, aus welchen Tatsachen zu folgern ist,

---

Komm. z. Tarifvertragsverordnung § 1 Anm. 4, Hueck, Iherings Jahrbücher 74 S. 359—364, Kreller Arch.Ziv.Praxis Bd. 122 S. 1—35, Lutz Richter R.Arb.Bl. 1924 Nichtamtlicher Teil S. 144 ff., Hueck-Molitor-Riezler, Arbeitsvertrag S. 38.

6) Dersch, Arb.R.Praxis 1930 S. 144.

7) Molitor, N.Z.f.A.R. 1931 S. 113.

8) Molitor, N.Z.f.A.R. 1931 S. 113.

9) Diese gegenseitige Willensübereinstimmung führt jedoch nicht dazu, daß, falls es sich nicht um Geisteskranke, Minderjährige usw. handelt, Arbeitsvertrag und Arbeitsverhältnis identisch sind. Bei Begründung des Arbeitsvertrages müssen übereinstimmende, auf Herstellung der Rechtsfolgen eines Arbeitsvertrages gerichtete Willenserklärungen vorliegen, während beim Beschäftigungsverhältnis nur die tatsächliche Arbeitsleistung dem beiderseitigen Willen entsprechen muß.

10) Molitor, N.Z.f.A.R. 1931 S. 111.

11) Vgl. dazu Potthoff, JW. 1927 S. 226, Kaskel-Dersch, Lehrb. S. 23 f. Dersch, Zeitschr. f. ges. Versicherungswissenschaft 1930 S. 230, Schieckel Arb.R. 1932 Sp. 515 ff.

daß alle Rechtsfolgen nicht an den Arbeitsvertrag, sondern an das tatsächliche Arbeitsverhältnis geknüpft sind.

Zur Begründung dieser Meinung verwies man vor Erlaß des A.O.G. hauptsächlich auf eine Anzahl (jetzt teilweise aufgehobener) arbeitsrechtlicher Vorschriften, in denen an die tatsächliche Arbeitsleistung Rechtsfolgen geknüpft werden [12]). Man erkennt in jenen Vorschriften einen allgemeinen Rechtsgedanken, den man auf alle arbeitsrechtlichen Beziehungen anwenden zu können glaubt. Unabhängig davon nehmen nach Verkündung des A.O.G. manche an, daß mindestens dieses Gesetz Rechtsbeziehungen der Beschäftigten und Unternehmer an die Einordnung in den Betrieb, also an das tatsächliche Beschäftigungsverhältnis im Betrieb, knüpft. Beides wird unten näher zu betrachten sein. Die Anregung und die eigentliche Wurzel der Lehre liegt aber in der Rechtsprechung des Reichsversicherungsamts über die sozialrechtlichen Fragen des mittelbaren Beschäftigungsverhältnisses, die man als bahnbrechend preist und deren Ergebnisse man für das Parallelgebiet des Arbeitsrechts übernimmt [13]).

4. In der Rechtsprechung der Versicherungsbehörden wird die Frage des mittelbaren Beschäftigungsverhältnisses in dem Zusammenhang wichtig, ob der unmittelbare oder mittelbare Arbeitgeber versicherungsbeitragspflichtig ist. Es ist einhellige Meinung, daß die Beiträge von dem mittelbaren Arbeitgeber zu tragen sind.

Das Reichsversicherungsamt geht dabei von verschiedenen Gedankenreihen aus.

Es ist einmal der Gesichtspunkt, daß die sozialversicherungsrechtlichen Vorschriften Normen zum Schutze der Arbeit und der Arbeiter sind. Daher ist das Vorliegen eines gültigen Dienst- oder Arbeitsvertrages nie Voraussetzung für die Anwendbarkeit der sozialversicherungsrechtlichen Gesetze [14]). Es ist selbstverständlich, daß die Arbeit auch schutzbedürftig ist, wenn aus irgendwelchem Grunde kein gültiger Vertrag zugrundeliegt. Dieser Grundsatz, der zuerst für die Unfallversicherung ausgebildet worden ist, ist in allen Versicherungszweigen anerkannt.

Grundlage für den Eintritt und das Ende der Versicherungspflicht ist das Beschäftigungsverhältnis. Es liegt vor, wenn erlaubte, tatsächliche Arbeit von wirtschaftlicher Bedeutung geleistet wird. Es ist im wesentlichen ebenso zu bestimmen wie das eben erwähnte Arbeitsverhältnis, dessen Vorbild das sozialversicherungsrechtliche Beschäftigungsverhältnis war [15]). Zwischen Beschäftigtem und mittel-

---

12) § 7 Schwerbeschädigtenges., § 2 A.G.G., § 1 Kinderarbeitsges., §§ 39, 87 B.R.Ges., § 1 Kündigungsschutzges. f. Angestellte usw.

13) Dazu neuestens Dersch, Deutsches A.R. 1934, S. 197 ff.

14) Mitglieder d. R.V.A. § 165 Anm. 4, Dersch AVG. S. 162/3 Anm. 5 g aa und dort Zitierte, ferner Stier-Somlo § 139 Anm. 20, RG 66/43, RVA. AN. 1914/813, 1915/371, 17/516, OVG. 33 S. 317, 37 S. 386 40 S. 326.

15) Dersch AVG. S. 162 Anm. 5 g aa, S. 198 Anm. 15 b, Zeitschr. f. d. ges. Versicherungswissenschaft 1930 S. 230 ff., Hueck-Nipperdey S. 40 Anm. 13, Mitglieder des RVA. § 165 Anm. 21 § 1226 Anm. 8 a und c.

barem Arbeitgeber liegt ein (mittelbares) Beschäftigungsverhältnis mit allen Rechtsfolgen, die das Beschäftigungsverhältnis mit sich bringt, vor.

Der Schutzgedanke bringt es weiter mit sich, daß die Beitragspflicht möglichst dem zahlungskräftigsten Schuldner auferlegt wird und das wird regelmäßig nicht die Zwischenperson, sondern der mittelbare Arbeitgeber sein. Den Unternehmern ist die (mindestens teilweise) Beitragspflicht aufgebürdet worden als Korrelat für den Nutzen, den sie aus der Arbeit der Beschäftigten ziehen. Daher ist der, der den Nutzen der Arbeit hat, der den Gewinn daraus zieht, als Unternehmer und daher als beitragspflichtig anzusehen.

Daneben läuft aber eine andere Gedankenreihe. Das Reichsversicherungsamt betrachtet die einzelnen Fälle nicht nach ihrer formalen zivilrechtlichen Gestaltung, sondern nach dem zugrundeliegenden, wirtschaftlichen Gehalt [16]). Es kommt versicherungsrechtlich nicht darauf an, wie die Rechtsverhältnisse vom Zivilrichter anzusehen sind. Da es sich um öffentliches Recht handelt, kommt es nicht auf das subjektive Wollen der Parteien, auf ihre Willenserklärungen, sondern auf bestimmte, äußere Tatbestände an [17]). Das Reichsversicherungsamt bildet Typen des Beschäftigten und des Unternehmers heraus. Zum Typ Beschäftigter gehört, wer unselbständige Arbeit leistet. Dabei ist wesentlich, daß regelmäßig die persönliche Abhängigkeit als ausschlaggebend für die Bejahung eines unselbständigen Beschäftigtenverhältnisses angesehen wird [18]). In einigen Entscheidungen wird noch wirtschaftliche Abhängigkeit weiterhin erfordert [19]). Nie wird aber wirtschaftliche Abhängigkeit allein als ausreichend angesehen.

Bei Anwendung dieser theoretischen Betrachtungsweisen gelangt das RVA. regelmäßig zu dem Ergebnis, daß nicht die Zwischenperson, sondern der mittelbare Unternehmer beitragspflichtig ist. So ist der Hofgänger Beschäftigter nicht des Deputanten, sondern des Gutsherrn. (A.N. 1891/124), ebenso sind die Schweizer und Melker mittelbare Beschäftigte des Gutsherrn (RAV. A.N. 1892 S. 35, 1893 mittelbare Beschäftigte des Gutsherrn (RAV. A.N. 1902 S. 35, 1893 S. 3). Die Werbedamen einer Firma, die von den Vertretern der Firma in den einzelnen Städten eingestellt und entlohnt werden, stehen zu der Firma in einem mittelbaren Arbeitsverhältnis (A.N.

---

16) Potthoff, Arb.R.Praxis 1928/5 ff., Dersch, Bensh. 8 S. 5, Anleitung über den Kreis der nach der RVO gegen Invalidität und Krankheit versicherten Personen (herausgegeben vom RVA.).

17) Dazu hat wohl maßgeblich auch der § 139 RVO beigetragen, in dem gesagt wird: „Es ist untersagt, durch Übereinkunft und Arbeitsordnung die Anwendung der Vorschriften dieses Gesetzes ganz oder teilweise zum Nachteil des Versicherten auszuschließen. Zuwiderlaufende Vertragsbestimmungen sind nichtig." Nichtig sind danach auch solche Verträge, deren wirtschaftlicher Zweck mit ihrer rechtlichen Gestaltung in offenbarem Widerspruch steht.

18) RAG. Bensh. 6 S. 161, 7 S. 451, RVA Bensh. 8 S. 3 ff., Dersch ebenda, AVN. 17 S. 209, Dersch AVG. S. 199 Anm. 15 c.

19) Dersch, AVG. S. 193.

1928 S. 121). Die Ehefrau des Geschäftsführers einer Gastwirtschaft, die durch ihre Mitarbeit eine Hilfskraft ersetzt und auf deren Mitarbeit von vornherein gerechnet wurde, ist Beschäftigte des Gastwirts (A.N. 04 S. 504). Die Mitglieder einer Musikkapelle sind regelmäßig mittelbare Angestellte des Lokalinhabers, auch wenn der Leiter der Kapelle allein gegen eine Gesamtvergütung abgeschlossen hat (A.V.N. 16 S. 246 u. 261). Arbeitgeber der unter Führung eines Truppenleiters stehenden Tänzerinnen ist der jeweilige Lokalinhaber (RVA. JW. 1933 S. 1620 Nr. 4). Kolonnenführer und Kleinakkordanten sind regelmäßig nicht Arbeitgeber (RAV. Bensh. 8 S. 6, ausführlich, Anm. Dersch). Ziegelmeister sind regelmäßig als unselbständig angesehen worden. Nicht sie, sondern der dahinter stehende Unternehmer ist beitragspflichtig (Dersch, AVG. S. 209). Entsprechendes gilt für den Poliermeister, der in einer, einer Glasfabrik gehörigen Polierwerkstatt Spiegelglas durch von ihm selbst angestellte Arbeiter schleifen und polieren läßt (A.V.N. 17 S. 50).

5. Die vom Reichsversicherungsamt für Fragen des Sozialversicherungsrechts entwickelten Grundsätze über das mittelbare Beschäftigungsverhältnis sind auf das Gebiet des Arbeitsrechts nicht übertragbar. Das Arbeitsvertragsrecht gehört dem Zivilrecht an, während das Sozialversicherungsrecht öffentliches Recht ist. Es ist selbstverständlich, daß die Normen des öffentlichen Rechts nicht ohne weiteres auf das Zivilrecht angewandt werden können. Dem Zivilrecht ist es im allgemeinen, im Gegensatz zum öffentlichen Recht, bisher fremd, den Willen der Parteien zu ignorieren [21]). Die Interessenlage beim mittelbaren Arbeitsverhältnis ist im Sozialversicherungsrecht und im Arbeitsrecht nicht die gleiche. Im Versicherungsrecht kommt es für die Versicherungsträger darauf an, daß sie Beiträge bekommen, ebenso hat der Beschäftigte ein dringendes Interesse daran, daß die Beiträge gezahlt werden. Die Auslegung hat diesen beiden Interessen Rechnung getragen und die Beitragspflicht auf den im Zweifel Zahlungsfähigsten abgewälzt. Die Interessen des Arbeitgebers traten dem fiskalischen Interesse gegenüber zurück.

Anders ist es im Arbeitsrecht, wo sich die nach dem Willen des Gesetzgebers gleich zu behandelnden Belange des Unternehmers und Arbeiters gegenüberstehen. Eine Ausgleichung der Interessen hat den wirtschaftlichen Bedürfnissen des Einzelfalles und beider Parteien zu entsprechen.

Die Massenorganisation der Unternehmer und Beschäftigten in der Arbeitsfront und die Überwachung der Arbeit durch den Staat verhindern, daß der Unternehmer sein wirtschaftliches Übergewicht

---

20) Vgl. näheres Dersch AVG. S. 199 Anm. 15 c.

21) Die Tendenz geht unzweifelhaft dahin, daß bei der zukünftigen Gesetzgebung das Parteibelieben eingeschränkt wird. Der Richter darf aber der zukünftigen Entwicklung nicht vorgreifen, wenn es gegen den klaren Willen des geltenden Reichsrechts verstößt.

bei Festsetzung der Arbeitsbedingungen geltend machen kann [22]). Aus diesen Gründen besteht kein Bedenken, wenn das Arbeitsverhältnis seinem Inhalt nach den Willenserklärungen der Beteiligten entspricht. Eine die jeweilige Interessenlage mißachtende Vertypung der Rechtsverhältnisse ist unzulässig. Gerade die abstrakte, vertypende Betrachtungsweise, die sich wie eine Kruste über alle Erscheinungsformen des Lebens legt, ist deutschem Rechtsdenken fremd [23]). Auch kann der Beschäftigte nicht einseitig geschützt werden.

Die Grundsätze des R.V.A. sind daher, weil die Gründe für sie auf einer anderen Ebene liegen, nicht schematisch auf das Arbeitsrecht anwendbar.

6. Abgesehen vom A.O.G. gibt es auch keinerlei arbeitsrechtliche Bestimmungen, aus denen der allgemeine Rechtsgedanke abzuleiten ist, daß nicht der Arbeitsvertrag, sondern das tatsächliche Arbeitsverhältnis Grundlage der arbeitsrechtlichen Beziehungen ist. Der Versuch, einen allgemeinen Rechtgedanken abzuleiten, ist mißlungen.

Unzweifelhaft gibt es zwar eine Anzahl (heute noch geltender) arbeitsrechtlicher Vorschriften, in denen die Rechtsfolgen unabhängig vom Bestehen eines Arbeitsvertrages eintreten.

So wird in § 7 II des Gesetzes über die Beschäftigung Schwerbeschädigter in der Fassung vom 12. I. 23 (R.G.Bl. I 48) der Abschluß eines Arbeitsvertrages fingiert [24]). § 7 Abs. 2 lautet:

> Hat der Arbeitgeber innerhalb der Frist die Schwerbeschädigten nicht eingestellt, so bestimmt die Hauptfürsorgestelle die Schwerbeschädigten und den Zeitpunkt, zu dem sie einzustellen sind. Mit der Zustellung dieses Beschlusses gilt zwischen dem Arbeitgeber und dem Schwerbeschädigten ein Arbeitsvertrag als abgeschlossen.

Die Fassung des Gesetzes ergibt unzweifelhaft, daß im allgemeinen der Arbeitsvertrag die Grundlage der Beziehungen zwischen Unternehmer und Beschäftigten ist. Nur in diesem Sonderfall des Abschlusses eines Zwangsvertrages soll der Wille des Unternehmers durch den zugestellten Beschluß der Hauptfürsorgestelle ersetzt werden [25]).

Nach § 2 des Arb.Ger.G. sollen Streitigkeiten aus dem Arbeitsverhältnis der Zuständigkeit der Arbeitsgerichte unterliegen. Es kann nach Zweck und Ziel des Gesetzes keinem Zweifel unterliegen, daß die Streitigkeiten aus dem Arbeitsverhältnis im weitesten Sinn der Sondergerichtsbarkeit der Arbeitsgerichte unterliegen, die für die Entscheidung von Fragen aus der Interessensphäre von Unternehmern und Beschäftigten als besonders sachverständig angesehen wird. Darum ist es unerheblich, ob ein wirklicher Vertragsschluß besteht,

---

22) In der Vorkriegszeit konnte man häufig von einem einseitigen Diktat des Arbeitgebers sprechen. Mansfeld, JW. 1934 S. 594.

23) Dazu etwa Rosenberg, Deutsches Recht 1934 S. 233.

24) Block, JW. 1930 S. 371 ff.

25) dazu noch Hueck-Nipperdey I. S. 38, Wagemann § 7 a.a.O. Anm. 11, RAG 5/236.

es genügt, daß tatsächlich Arbeit geleistet wird. Über die dann vorhandenen Ansprüche entscheidet das Arbeitsgericht[26]). Die Vorschrift des § 2 Arb.Ger.G., die eine Regel für die Abgrenzung der Zuständigkeit zwischen ordentlicher und Arbeitsgerichtsbarkeit darstellt, ist jedoch auf Fragen des materiellen Rechts nicht analog anwendbar. Es fehlt jede gemeinsame Ebene der Fragen.

Im Arbeitsschutzrecht kommt es nicht auf den Vertrag, sondern auf die Tatsache der Arbeitsleistung an. Ich verweise auf den Wortlaut des § 1 des Gesetzes über die Beschäftigung vor und nach der Niederkunft vom 16. 7./29. 10. 27 (R.G.Bl. I 184/325), des § 1 des Gesetzes betreffend Kinderarbeit in gewerblichen Betrieben vom 31. 7. 25 und auf die entsprechenden Bestimmungen der Arbeitszeitgesetze[27]). Es macht keinen Unterschied, ob die Arbeit auf Grund eines Arbeitsvertrages oder in Hinblick auf ein bestehendes familienrechtliches Verhältnis oder aus sonstigen Gründen erfolgt, auch die Dauer der Beschäftigung ist regelmäßig nicht von Bedeutung[28]). Denn selbstverständlich sollen die Vorschriften, die die Beschäftigten vor der unbilligen Ausnutzung ihrer Arbeitskraft schützen wollen, nicht an irgendwelche Voraussetzungen geknüpft sein. Es wäre sinnwidrig, wenn ein Beschäftigter, dessen Vertrag etwa nach §§ 134, 138 BGB. nichtig ist und der daher umso schutzwürdiger erscheint, des öffentlichen Schutzes entbehren würde. Aus dieser, aus der besonderen Lage des Verhältnisses und aus Sinn und Zweck der Vorschriften folgenden Auslegung kann aber nicht geschlossen werden, daß das Beschäftigungsverhältnis Grundlage der Rechtsbeziehungen ist. Die genannten Vorschriften haben nur die Gesundheit der Beschäftigten im Auge. Ihre Rechtsgedanken können daher nur in diesem Rahmen analog angewandt werden.

Zweifelhaft konnte es nach altem Recht sein, ob der Kündigungsschutz auch Anwendung fand, wenn kein Arbeitsvertrag bestand[29]). Mit einem gewissen Anschein von Recht verwies man darauf, daß § 1 des Gesetzes über Fristen für die Kündigung von Angestellten vom 9. Juli 1926 auf § 1 des Versicherungsgesetzes für Angestellte Bezug nahm. Ebenso war es in den Fällen des § 39 B.R.Ges.[30]), § 84 B.R.-

---

26) RAG Bensh. 5/133, ArbRspr. 1932 S. 65, Depene, § 2 III B. 1 a, Wagemann § 2 Anm. 9 b.

27) §§ 1 ff. der Verordnung über die Arbeitszeit v. 21. 12. 33 (Neufassung vom 14. 4. 1927), Anordnung über die Regelung der Arbeitszeit der Angestellten während der Zeit der Wirtschaftlichen Demobilmachung v. 18. 3. 1913 (§§ 2, 3, 8—17), teilweise durch AOG. abgeändert.

28) Wagemann, § 1 Anm. 1 des Kinderarbeitsgesetzes, K.G. Gold.Arch. 7 S. 533, Potthoff JW 1927 S. 225, Dersch, Arb.R.Praxis 1930 S. 144 unter c., Nikisch S. 8.

29) Vgl. Dersch a.a.O. S. 144, Potthoff, Arb.R.Praxis 1928 S. 5 f., Goldschmit § 1 K.Sch.G. Anm. 7, Wagemann § 1 K.Sch.G. Anm. 2, RAG Rspr. (Beilage des „Arbeitsrecht" XIV Nr. 633, Rspr. in Arbeitssachen Nr. 6 und 32.

30) Vgl. Mansfeld, B.R.Ges. § 39, 2c, Wagemann, § 39 zu Abs. 1 Anm. 4 LAG Berlin, Mitt. 4 S. 151, Flatow § 39 Anm. II 1, Potthoff, Arb.R.Parxis 1928 S. 6 zu den Fragen der Veräußerung, Verschmelzung usw. des Betriebes, ferner Beendigung des Arbeitsverhältnisses durch Arbeitskampf.

Ges.[31]) zweifelhaft, ob das Gesetz hier vom tatsächlichen Arbeitsverhältnis ausging. Diese Vorschriften gelten aber nicht mehr. Die Fragen sollen daher nicht weiter erörtert werden [31a]). Es sei nur erwähnt, daß m. E. die herrschende Meinung mit Recht der Ansicht war, daß auch hier der Vertrag die Grundlage biete. Aber selbst, wenn man in den erwähnten Fällen glaubte, vom tatsächlichen Arbeitsverhältnis ausgehen zu müssen, so konnte aus diesen speziellen Fällen nicht gut der Schluß auf einen allgemeinen Rechtsgedanken gezogen werden.

7) Die grundlegende Vorschrift, von der alle Betrachtung auszugehen hat, der § 611 BGB., knüpft aber unzweifelhaft alle Ansprüche aus einem Dienstverhältnis an das Bestehen eines Vertrages. Man kann sich über diese Vorschrift nicht damit hinwegsetzen, daß man sie als überholt bezeichnet [32]).

Somit ergibt sich, daß die Lehre vom tatsächlichen Arbeitsverhältnis außerhalb des Gesetzes zur Ordnung der nationalen Arbeit jedenfalls keine Stütze findet. Die Behauptung der Vertreter der Lehre, daß sämtliche Rechtsfolgen in dem Beschäftigungsverhältnis ihre Grundlage finden, muß daher abgelehnt werden [33]).

8) Die Praxis des Reichsarbeitsgerichts hat sich zur Lehre vom tatsächlichen Arbeitsverhältnis deshalb mit Recht vor Erlaß des A.O.G. stets ablehnend verhalten. Vielfach mißverstanden wurden allerdings einige Entscheidungen des Reichsarbeitsgerichts, vor allem die berühmte Entscheidung in Bensh. 6 S. 116 ff. [34]). In dem zugrundeliegenden Fall war zweifelhaft, ob Arbeitgeber von Musikern, die in einem Kurort musizierten, der Kapellmeister oder der Kurort war. In dem maßgeblichen Tarifvertrag war ausdrücklich bestimmt, daß als Arbeitgeber die Kurdirektion gilt [35]). In der Begründung der Entscheidung gebrauchte das R.A.G. Wendungen, die scheinbar darauf hindeuteten, daß das R.A.G. der Lehre vom tatsächlichen Arbeitsverhältnis nahestand (vor allem S. 119 f.). Die Ausführungen des Reichsarbeitsgerichts waren aber auf den Einzelfall gemünzt und hatten nur Fragen des Tarifrechts im Auge. Das hat das R.A.G. durch Urteil vom 17. Juni 1931 (abgedruckt in „Kartenauskunftei", Karte Zwischenmeister), unzweideutig zum Ausdruck gebracht.

---

31) Wechsel des Unternehmers? vgl. Rspr. 27 Nr. 633, Dersch, Arb.R.Prax. 1930 S. 344, Potthoff, Arb.R.Praxis 1928 S. 6.

31 a) Vgl. auch Mansfeld § 10 Anm. 2 und § 11 Anm. 2b, Flatow § 10 Anm. 3, § 11 Anm. 1. Zum neuen Recht Mansfeld, Pohl usw. § 4 A. 2.

32) Der Tarifvertrag hatte nach ausdrücklicher, gesetzlicher Bestimmung des § 1 T.V.O. die Funktion, die „Bedingungen für den Abschluß von Arbeitsverträgen" zu regeln.

33) siehe schon oben, weiter unten.

34) Vgl. dazu Gutachten von Kaskel, Arb.R. 1928 Sp. 459 ff., Potthoff Arb.R. 1930 S. 117, 348, Molitor, Arb.R. 1930 Sp. 133, Gros, in „Kartenauskunftei", Karte Tarifvertrag, Allgem.Verbindl. Einzelfragen, 7, Molitor, Komm. z. TVO. § 1 Anh. II Bem. 10 S. 133.

35) Vgl. auch die gleich liegenden Fälle des RAG. in Bensh. 7 S. 32 ff., Sammlung arbeitsrechtlicher Entscheidungen 1932 S. 351 ff.

9) Auch die vor Erlaß des Gesetzes zur Ordnung der nationalen Arbeit herrschende Meinung der Theorie hat sich ablehnend verhalten [36]). Eine größere Anzahl von Landesarbeitsgerichten, insbesondere eine Anzahl von Kammern des Landesarbeitsgerichts Berlin haben die Lehre vom tatsächlichen Arbeitsverhältnis jedoch als richtig anerkannt [37]). Diese Praxis nimmt dabei an, daß Ansprüche sowohl aus dem Beschäftigungsverhältnis wie aus dem Arbeitsvertrag entstehen. Beim mittelbaren Arbeitsverhältnis sollen Ansprüche sowohl gegen den mittelbaren Arbeitgeber (aus dem tatsächlichen Arbeitsverhältnis), wie auch gegen den unmittelbaren Arbeitgeber (aus Vertrag) bestehen und zwar sollen beide gesamtschuldnerisch haften [37]). Aus der folgerichtigen Durchführung der Lehre würden sich aber unlösbare Schwierigkeiten ergeben [38]).

---

36) Nikisch, Arbeitsrecht, S. 25, Mansfeld, B.R.Ges. § 10 I. c., Neumann S. 61, Molitor, TVO. § 1 Anm. 4, Hueck-Nipperdey I. S. 38, Landmann-Rohr, Komm. z. GewO. S. 182, Schmidt-Rimpler, Ehrenbergs Handbuch Bd. V. 1. S. 24, Rustmeier S. 57, Hengstenberg, S. 64. Dersch ist grundsätzlich Anhänger des Beschäftigungsverhältnisses, vgl. ins. Kaskel-Dersch, Lehrbuch S. 22/23 und Arb.R.Praxis 1930 Sp. 144 ff. Er lehnt jedoch eine Verknüpfung des Beschäftigungsverhältnisses mit dem Lohnanspruch ab. Vgl. N.Z.f.A.R. 1931 Sp. 160.

Für das Arbeitsverhältnis als Grundlage des Arbeitsrechts treten ein: Potthoff wiederholt (vgl. die im Literaturverzeichnis aufgeführten Schriften), Jakobi, a.a.O. Biensfeld, a.a.O., Sinzheimer, S. 33 und S. 140 f., Marx, Arb.R.Praxis 1930 S. 33 ff., Kausen wiederholt.

37) So nahm das LAG. Berlin in den Urteilen v. 4. 2. 31 (104 S. 2980/30, Rubens Nr. 960) und ebenso Urt. v. 20. 10. 32, Mitt. IV. 55 ff. Nr. 1 an, daß eine Stenotypistin, die von der Firma A. angestellt war, überwiegend aber für die Firma B. tätig war, gegen A. einen vertraglichen Lohnanspruch und gegen B. einen solchen aus dem Beschäftigungsverhältnis „oder aus ungerechtfertigter Bereicherung (!)" habe. (In der letzteren Entscheidung wird der Versuch gemacht, die Gedanken des Beschäftigungsverhältnisses und der Vertragsauslegung zu kombinieren. Hinsichtlich der Vertragsauslegung noch weitergehend als RAG. v. 17. 6. 31 (RAG. 683/30)). In einem anderen Fall (LAG. Berlin v. 3. 3. 31 (105 S. 22. 31) Mitt. II. 181 Nr. 11) war in einem Normaldienstvertrag bestimmt, daß der Kapellmeister Arbeitgeber und die Musiker seine Arbeitnehmer seien. Trotzdem werden Unternehmer und Kapellmeister als Gesamtschuldner und zwar aus Vertrag bzw. Beschäftigungsverhältnis haftend, angesehen. In einer weiteren, sich auf die Rechtsprechung des Oberschiedsgerichts des Deutschen Bühnenvereins berufenden Entscheidung wird die Gesamthaftung von Theaterunternehmer und Konzessionär angenommen (LAG. Berlin, Mitt. IV. 28. Der Kapellmeister soll hier Erfüllungsgehilfe sein.) Es würde zu weit führen, noch mehr Beispiele zu geben. (Vgl. noch LAG. Berlin, Mitt. IV. 57, Nr. III, S. 31 Nr. 27). Es sei nur erwähnt, daß die Entscheidungen sehr zahlreich sind, zum großen Teil aber die nötige Klarheit darüber, was als Haftungsgrundlage angesehen wird, vermissen lassen.

Es ist zuzugeben, daß, wenn die Lehre vom tatsächlichen Arbeitsverhältnis richtig wäre, es konsequent erscheinen würde, sowohl unmittelbaren wie mittelbaren Arbeitgeber als Gesamtschuldner haften zu lassen. Sowohl Vertrag wie Beschäftigungsverhältnis sollen Haftungsgrundlage sein. Daher müßte wohl eine subsidiäre Haftung (etwa entsprechend einem Bürgen) des unmittelbaren Arbeitgebers als inkonsequent abgelehnt werden.

Die Lehre vom tatsächlichen Arbeitsverhältnis erkennen folgende Entscheidungen des LAG. Berlin implicite n i c h t an: Rubens Nr. 9949, Mitt. IV. 56 Nr. II., Mitt. I. S. 188. In diesen Entscheidungen lag ein mittelbares Beschäftigungsverhältnis an sich vor, wird aber nicht als Haftungsgrundlage verwendet.

38) Man denke nur an die Fragen der Kündigung und des Kündigungs-

IV.

1) Die bisherige, herrschende Auffassung ging daher mit Recht dahin, daß der Arbeitsvertrag die Grundlage der arbeitsrechtlichen Beziehungen zwischen Unternehmer und Beschäftigten sei.

Nach herrschender Meinung [39]) ist durch das Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit nichts Grundsätzliches an der bisherigen Auffassung geändert worden. Der Vertrag soll nur eine inhaltliche Änderung erfahren haben und als ein auf sozialer Ehre und gegenseitiger Treue aufgebautes Verhältnis erscheinen. Bestimmend für seinen Inhalt sei die Idee von Führer und Gefolgschaft [40]). Unternehmer und Beschäftigte sollen bei diesem Arbeitsvertrage nicht mehr als soziale Gegenspieler erscheinen.

Zur Begründung der Meinung, daß der Arbeitsvertrag seine beherrschende Stellung behalten habe, weist man darauf hin, daß das Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit in den §§ 20 Abs. 3, 27 Nr. 6, 28 Abs. 3 und 4, 32 und 60 selbst von Dienst- und Arbeitsverträgen spricht und daß das Gesetz danach offensichtlich davon ausgehe, daß den Arbeitsverträgen Bedeutung zugemessen werde. Dasselbe ergebe sich aus § 5 AGG. (Neufassung). Ebenso könne der § 20 Abs. 2 des Gesetzes über die Heimarbeit herangezogen werden, in dem gesagt werde:

Entgelte können festgesetzt werden
1. durch Einzelabrede
2. . . . . .
3. . . . . .

Diese Meinung kann jedoch nur als bedingt richtig anerkannt werden.

---

schutzes (§§ 56 ff. AOG.). Darf der mittelbare Arbeitgeber kündigen, etwa der Gastwirt den einzelnen Mitgliedern der Kapelle? Wem gegenüber müssen die einzelnen Musiker kündigen? Wie steht es, wenn zwar der mittelbare, nicht aber der unmittelbare Arbeitgeber ein Kündigungsrecht aus wichtigem Grunde hat? Steht dem Beschäftigten die Klage aus § 56 AOG. schon dann zu, wenn er ein Jahr lang im Betriebe des unmittelbaren Unternehmers beschäftigt war, die Beschäftigung beim mittelbaren Arbeitgeber aber kein Jahr beträgt?

Ebenso zweifelhaft ist es, wenn der mittelbare Unternehmer ein Aufrechnungs- oder Zurückbehaltungsrecht hinsichtlich der Lohnforderung (etwa Gegenforderung aus vorsätzlich unerlaubter Handlung) hat. Kann der Beschäftigte dann seine Ansprüche gegen den unmittelbaren Arbeitgeber geltend machen? Oder hat dieser dann irgendwelche Einwendungen oder Einreden?

Diese wenigen Zweifelsfragen mögen genügen. Sie könnten beliebig vermehrt werden.

39) Zu vgl. etwa Mansfeld, Ordnung der nationalen Arbeit S. 11, weiter JW. 1934 S. 595, Mansfeld-Pohl-Steinmann-Krause, S. 74, 85, 86, 87, 90. Richter, Soziale Praxis 1934 S. 249, Dersch, Komm. zum AOG. § 1 Anm. 7 c und 7 a, Hueck, JW. 1934 S. 1022, Huber, JW. 1934 S. 1018, Joerges, Arb.R. und Volkstum 1934 Sp. 42 f., Kammergericht v. 25. 4. 1934, JW. 1934 S. 1593 Nr. 12, Joerges, Führer und Gefolgschaft S. 5/6.

40) Statt aller zu vgl. etwa Mansfeld-Pohl-Steinmann-Krause S. 90, 102, 108 f., 110 f., 115, Joerges, Führer und Gefolgschaft S. 12 ff.

Der Arbeitsvertrag besteht freilich als Grundlage der arbeitsrechtlichen Beziehungen fort, ist aber nicht mehr alleiniger Ausgangspunkt [41]). Man übersieht, daß die Erwähnung des Arbeitsvertrages in jenen angezogenen Vorschriften nur gelegentlich und nicht an grundlegenden Stellen erfolgt ist. Aus den §§ 28, 27 Nr. 6, 30 und 32 des A.O.G. ist zudem nur zu entnehmen, daß neben der Regelung in der einseitig vom Betriebsführer erlassenen Betriebsordnung (§ 26 A.O.G.), die objektive Norm ist [42]), auch eine vertragliche Regelung möglich ist. Entsprechend heißt es in § 30 A.O.G.: „Die Bestimmungen der Betriebsordnung sind für die Betriebsangehörigen als Mindestbedingungen rechtsverbindlich." Dasselbe ergibt sich auch nur aus den angezogenen §§ 20 und 60, in denen nur die Erwähnung der Betriebsordnung unterblieben ist [43]).

Aus der Erwähnung des Arbeitsvertrages im A.O.G. kann nur entnommen werden, daß eine vertragliche Regelung der Arbeitsbedingungen möglich ist. Nichts kann aber auf die Stellung des Vertrages im System des neuen Arbeitsrechts geschlossen werden. Man kann andererseits darauf hinweisen, daß das A.O.G. in § 8 nur von der Betriebsangehörigkeit, in § 14 vom Dienstverhältnis, in § 27 Nr. 5 und § 32 Abs. 2 vom Arbeitsverhältnis [44]), und in § 56 von der Beschäftigung im Betrieb und nicht vom Arbeitsvertrage spricht. In § 14 A.O.G. wird im Gegensatz zu § 39 Abs. 1 B.R.Ges. nicht von Beendigung des Arbeitsvertrages, sondern von dem Ausscheiden aus dem Betriebe geredet.

2) M. E. ergibt der Gesamtzusammenhang des Gesetzes zur Ordnung der nationalen Arbeit, daß unabhängig von jedem Vertrage, gewisse Rechtsfolgen bereits an das Gefolgschaftsverhältnis von Führer und Gefolgschaft im Betriebe geknüpft werden. Die Beschäftigung im Betriebe erzeugt bereits Rechtsbeziehungen zwischen dem Führer des Betriebes und der Gefolgschaft. Aus ihr fließen Treue- und Fürsorgepflicht, Direktionsrecht und Gehorsamspflicht. Die vom Führer erlassene Betriebsordnung gilt für alle im Betrieb tatsächlich Beschäftigten.

3) Das ist den §§ 1, 2, 3 Abs. 1 und 3, 5 und 26 des A.O.G. zu entnehmen.

Das A.O.G. scheidet die Funktionen des Unternehmers und die des Führers des Betriebes [45]). Regelmäßig ist zwar der Unternehmer

---

41) Nikisch S. 9, 10, 22, 31, 38, 48, 59, etwas anders Kausen, Deutsches Recht 1934 S. 71, der das tatsächliche Beschäftigungsverhältnis nach dem AOG. anerkennt, die Einordnung in den Betrieb aber für unbeachtlich hält.

42) Die BO. ist autonome Satzung mit Gesetzeskraft: Dersch, Deutsches A.R. 1934 S. 178, Herschel, Arb.R. u. Volkstum 1934 Sp. 59, Huber JW. 1934 S. 1011.

43) Dersch AOG. § 20 Anm. 4 g. In § 60 wird „Dienstvertrag" als Gegensatz zu Werkvertrag genannt.

44) Im Gegensatz zu § 1 TVO. Dazu Nikisch S. 59.

45) Potthoff, Wirtschafts- und Sozialrecht 1934 S. 21 ff., Joerges, Führer und Gefolgschaft, S. 20 und S. 35 f. A. M. Mansfeld, JW. 1934 S. 1004, der

auch der Betriebsführer. Aber nicht immer, wie §§ 38, 3 Abs. 3 A.O.G. beweisen.

Der Begriff des Unternehmers nach dem A.O.G. enthält den Begriff des Arbeitgebers des alten Rechts. Der Unternehmer ist daher der Träger der arbeitsvertraglichen Rechte und Pflichten. Sämtliche vermögensrechtlichen Rechtsbeziehungen bestehen zwischen dem Unternehmer und den Beschäftigten. Daher reden die §§ 20 Abs. 1, 20 Abs. 2 und 3 und § 57 A.O.G., die von der Entlassung, Arbeitsstrekkung und Kündigung handeln, bewußt von dem Unternehmer und nicht von dem Führer des Betriebes.

Im Gegensatz dazu bestehen zwischen dem Führer und der Gefolgschaft sozialrechtliche Rechtsbeziehungen [46]), die nicht von einem Vertrage abhängen, sondern sich aus der Tatsache der Betriebszugehörigkeit ergeben. Treue- und Fürsorgepflicht, Direktionsrecht und Gehorsamspflicht treffen nach dem Gesetz den Führer und die Betriebsangehörigen, sie bestehen nicht zwischen Unternehmer und Beschäftigten [47]) (§ 2 A.O.G.). Der Führer und nicht der Unternehmer hat in jedem Betriebe, in dem in der Regel mindestens 20 Angestellte und Arbeiter beschäftigt werden, eine Betriebsordnung zu erlassen. (§ 26 A.O.G.). Ihn treffen auch die in den §§ 9, 13 A.O.G. aufgestellten Pflichten. Der Führer, nicht der Unternehmer ist Mitglied des Vertrauensrates (§ 5 A.O.G.) [48]).

Der Wortlaut des § 2 des A.O.G. ergibt sehr klar, daß Direktionsrecht, Gehorsamspflicht, Treue- und Fürsorgepflicht nicht an das Vorliegen eines Vertrages geknüpft werden [49]). „Der Führer des Betriebes entscheidet der Gefolgschaft gegenüber in allen betrieblichen Angelegenheiten ... Er hat für das Wohl der Gefolgschaft zu sorgen. Diese hat ihm die in der Betriebsgemeinschaft begründete Treue zu halten." Für diese Auffassung spricht weiter, daß die oben genannten Pflichten bei juristischen Personen die gesetzlichen Vertreter der Körperschaften persönlich treffen (§ 3 A.O.G.). Diese Führer haften aber nie aus einem Dienstvertrage selbst, der immer nur für die Körperschaft abgeschlossen ist.

Die Führerpflichten treffen weiter den nach §§ 38, 3 Abs. 3 für einen Abgemeierten bestellten Führer, der damit nicht in die Arbeitsverträge der Beschäftigten eintritt. Dasselbe gilt für den mit der Vertretung betrauten Führer nach § 3 II A.O.G. Es ist nicht sehr wahrscheinlich, daß das Gesetz in den Fällen, in denen der Unternehmer selbst Führer ist, ein Vertragsverhältnis zwischen Führer und Ge-

---

meint, alle Rechte und Pflichten des Führers seien solche des Unternehmers, sich dabei aber mit § 3 AOG. in Widerspruch setzt. S. auch weiter unten.

46) Joerges, Arb.R. und Volkstum 1934 S. 110.

47) Sie können freilich vertraglich zwischen Unternehmer und Beschäftigten begründet werden. Kraft Gesetzes treffen sie aber den Führer und die Gefolgschaft.

48) Vgl. noch dazu Joerges, Arb.R. und Volkstum, 1934 Sp. 110, Dersch, A.O.G. § 3 Anm. 2 d., Mansfeld-Pohl-Steinmann-Krause § 1 S. 82.

49) Nikisch, S. 24. Dazu auch zu vgl. Joerges, Führer und Gefolgschaft S. 35/6.

folgsmann verlangt, wenn in den oben genannten Fällen unzweifelhaft davon abgesehen wird. Vielmehr muß die „Einordnung in den Betrieb" als Haftungsgrundlage anerkannt werden [50]).

Wichtiger sind noch innere Gründe. Das Arbeitsverhältnis, durch das der Beschäftigte Glied des Betriebsorganismus wird, ist nicht nur ein Verhältnis, das Einzelbeziehungen zwischen Arbeiter und Unternehmer herbeiführt, es ist ein Verbandsverhältnis, durch das der Arbeiter in ein soziales Ganze eingegliedert wird. Jeder Betrieb ist als herrschaftliche Organisation [51]) ein Gewaltverhältnis, in dem der Führer die Arbeitsleistung bestimmt. Es liegt in der Natur der Sache begründet, daß jede Einordnung in den Betrieb eine Unterordnung unter den Willen des Führers bedeutet. Direktionsrecht des Führers und Gehorsamspflicht der Gefolgschaft sind daher allein an die Tatsache der Beschäftigung im Betrieb gebunden [52]). Mag im Regelfall auch die Einordnung in den Betrieb auf einem Vertrage beruhen (da entweder aus ihm oder aus einer regelmäßig an einen Vertrag anknüpfenden B.O. oder T.O. die Lohnforderung entspringt), der Vertrag braucht diese Rechte und Pflichten nicht zu erzeugen, sie entstehen oder bestehen auch unabhängig von ihm.

Mit Direktionsrecht und Gehorsamspflicht sind aber Fürsorge- und Treuepflicht untrennbar verbunden. Sie sind nach deutscher Rechtsauffassung die notwendigen Folgen und Ergänzungen jener Rechte und Pflichten. Zugleich sind sie aber auch die Integrationswerte [53]), durch die der Betrieb zu einer Willens- und Wertgemeinschaft von Führer und Gefolgschaft gestaltet wird. Auch sie sind daher nur an die Betriebszugehörigkeit gebunden, da die willensmäßige Betriebsgemeinschaft naturgemäß keine vertragliche Einordnung in den Betrieb voraussetzt [54]).

Erwähnt sei, daß die Betriebsordnung des Führers sich m. E. nicht nur auf die Beschäftigten erstreckt, deren Betriebszugehörigkeit auf einem Vertrage beruht. Sie gilt nach § 30 A.O.G. für alle Betriebsangehörigen. Der Wirkungskreis der B.O. als autonomer Satzung [55]) reicht soweit wie die Organisationsbefugnis des Führers. Die B.O. umfaßt daher auch vertragslose Beschäftigungsverhältnisse [56]). Ob dabei Einschränkungen zu machen sind [57]), sei hier unerörtert.

---

50) Die Einordnung in den Betrieb setzt nur auf beiden Seiten einen (natürlichen) Einordnungswillen voraus. Vgl. S. 7/8 und Molitor, Arbeitnehmer und Betrieb S. 18. A. M. Mansfeld-Pohl-Steinmann-Krause § 5 Anm. 2 b, S. 148, die behaupten, die Einordnung in den Betrieb sei ein auf einem Vertrage beruhender Vorgang. Damit wird aber nur anerkannt, daß der Arbeitsvertrag alleiniger Ausgangspunkt der arbeitsrechtlichen Beziehungen sei.

51) Nikisch A.O.G. S. 16.

52) Nikisch, S. 23, 22.

53) Im Sinne Smends (Verfassung und Verfassungsrecht, 1928).

54) Vgl. zum Ganzen noch Mansfeld-Pohl-Steinmann-Krause § 1 Anm. 3 a S. 90/91, die die Gefolgschaftspflichten auch bei nichtigem Arbeitsvertrag annehmen (grundsätzlich aber a. M.).

55) Mansfeld-Pohl-Steinmann-Krause Vorb. 3 a vor § 26, Huber JW. 34/1019.

56) Nikisch S. 48.

57) Nikisch S. 49.

4) In den Fällen des mittelbaren Beschäftigungsverhältnisses ist der Beschäftigte meist in den Betrieb des Hauptunternehmers eingeordnet. Die eben erwähnten Rechte und Pflichten treffen daher die Beteiligten auch dann, wenn keine unmittelbaren vertraglichen Beziehungen zwischen Beschäftigten und Hauptunternehmer bestehen.

Der Begriff des Betriebes ist im Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit nicht bestimmt, sondern als bekannt vorausgesetzt. Er ist im wesentlichen ebenso zu umschreiben, wie ihn die herrschende Lehre zu § 9 des Betriebsrätegesetzes ausgebildet hat [58]).

Wesentlich ist bei einem Betriebe der von einem Rechtssubjekt gesetzte Zweck, die Organisation. Überall da, wo persönliche, sächliche und immaterielle Mittel zur fortgesetzten Verwirklichung eines gesetzten technischen Zweckes organisiert worden sind, liegt ein Betrieb vor [59]). Wenn der gesetzte Zweck ein wirtschaftlicher ist, pflegt man von einem Unternehmen zu reden [60]). Auf den Umfang der sächlichen und persönlichen Mittel kommt es nicht an. Diese können daher unter Umständen sehr gering sein. Ein Betrieb kann auch vorliegen, wenn er auch nur aus dem Inhaber besteht, wie es z. B. bei Ärzten, Rechtsanwälten vorkommt [61]).

Nach anerkannter Meinung durfte der Betrieb nur einen Arbeitgeber haben. Waren mehrere schuldrechtliche Arbeitgeber vorhanden, so konnten deren Beschäftigte nie zu einem einheitlichen Betrieb gehören, mochte auch die Arbeit zu einem einheitlichen, gemeinsamen Zweck geleistet werden. Lag ein Hauptbetrieb und ein „fremdbestimmter Hilfsbetrieb" vor, der ganz dem Organismus des Hauptbetriebes unterworfen war, so waren Hauptbetrieb und Hilfsbetrieb dennoch streng zu unterscheiden [62]). Der Begriff des Betriebes setzte Einheit von Arbeitgeber und Betrieb voraus.

In den Fällen des mittelbaren Arbeitsverhältnisses, in denen die Mittelsperson Träger der vermögensrechtlichen Ansprüche und Pflichten ist [63]), könnten die Beschäftigten der Zwischenperson danach nie zur Gefolgschaft des Hauptbetriebsführers, des mittelbaren Unternehmers gehören.

Diese enge Auffassung des Betriebes ist aber überwunden.

---

58) Auskunft des Reichsarbeitsministers v. 5. 2. 34 (Deutsche Notar-Zeitung 34 S. 160).

59) Mansfeld, BRGes. § 9, Flatow § 9 Anm. 4, Molitor, Arbeitnehmer und Betrieb S. 11 ff., Hueck-Nipperdey I 69, RGZ. 117/12, RAG. Bensh. 2 S. 75. Die Abweichungen untereinander haben für diese Arbeit keine Bedeutung.

60) Unternehmen ist daher ein Unter- bzw. Parallelbegriff des Betriebes.

61) Molitor, a.a.O. S. 30.

62) Flatow, BRGes. § 9 V., Mansfeld BRGes. § 9 Anm. 2, Hueck-Nipperdey I. 70.

63) Was oft der Fall ist, wie unten zu zeigen.

Sie beruhte darauf, daß die Anschauung des Betriebes als Organismus [64]) [65]) verlangte, daß auch die Arbeitsverträge der Beschäftigten organisch zusammengefaßt sein mußten. Es konnten nicht Beschäftigte, die Dienstverträge mit verschiedenen Unternehmern geschlossen hatten, zu einer einheitlichen Betriebsgemeinschaft zusammengeschlossen sein. Anders nach dem A.O.G. Der Betrieb des A.O.G. kennt sowohl einen Unternehmer wie einen Führer. An diesen beiden Begriffen hat sich der Begriff des neuen Betriebes zu orientieren. Es kann dahingestellt bleiben, ob das A.O.G. danach überhaupt einen einheitlichen Betriebsbegriff oder nur einen engeren und weiteren kennt, jedenfalls kann es für den „weiteren" Betriebsbegriff nur darauf ankommen, daß ein einheitlicher Führer besteht [66]), daß ein einheitlicher Wille den Zweck und den Weg, wie er zu erreichen ist, bestimmt. Der Betrieb ist eine Zweckorganisation. Seine Gefolgschaft sind die unmittelbaren Diener dieses Zweckes.

5) Aus diesem Begriff des Betriebes folgt, daß die beim Oberschweizer, Obermelker, Vorschnitter, Deputanten beschäftigten Personen dem Betriebe des Gutsbesitzers als Gefolgschaft angehören, daß die Hilfskraft des Portiers zum Betriebe des Hauswirts gehört. Diese Personen sind völlig dem fremden Betriebsorganismus eingegliedert und den Weisungen des Führers unterworfen. Die Zwischenperson unterhält keinen eigenen Betrieb. Sie hält keine eigenen sachlichen und immateriellen Mittel zur fortgesetzten Verwirklichung eines gesetzten Zieles bereit.

Es folgt weiter daraus, daß überall da, wo Gruppen als Beschäftigte auftreten, seien es Kapellen, Landarbeiter-, Tanzgruppen usw., die Angehörigen der Gruppe zur Gefolgschaft des Hauptbetriebsführers, also des Gastwirts, Bauerngutsbesitzers gehören [67]). Daß die Gruppen oft Gesellschaften des bürgerlichen Rechts sein werden (s. S. 46 ff.), ist für die Frage der Betriebszugehörigkeit belanglos. Nur dann, wenn die Gruppe selbst ein selbständiger Betrieb ist, ist dies anders. Das kann der Fall sein bei bekannten Orchestern, die selbständig Konzerte geben, auf Tournee gehen usw., ebenso auch bei Tanzgruppen von künstlerischem Rang, bei denen eine eigene Leistung und Organisation anzuerkennen ist. Gruppen von Arbeitern, z. B. Landarbeitern sind regelmäßig gewillt, sich fremder Leitung unterzuordnen und gehören daher zur Gefolgschaft eines Betriebes.

Nicht zur Gefolgschaft eines Hauptbetriebsführers gehören aber die Hausgewerbetreibenden und die Zwischenmeister sowie die von ihnen Beschäftigten.

§ 5 Abs. 2 des A.O.G. bestimmt ausdrücklich, daß die Hausgewerbetreibenden, die in der Hauptsache für den gleichen Betrieb

64) Dazu RG. 113/89, RAG. 1/153, 157, Joerges S. 25.

65) Zum neuen Recht: Joerges, Arb.R. und Volkstum 1934 S. 53. Ihm folgen Mansfeld-Pohl-Steinmann-Krause S. 99, die daraus allerdings keine rechtlichen Folgerungen ziehen.

66) Mansfeld usw. Komm. AOG. § 1 Anm. 1 S. 74.

67) Mansfeld usw. a.a.O. § 1 Anm. 3 a S. 89.

allein oder mit ihren Familienangehörigen arbeiten, nicht allgemein, sondern nur im Sinne der Bestimmungen über den Vertrauensrat zur Gefolgschaft gehören [68]). Die sonstigen, sich aus dem Verhältnis Führer — Gefolgschaft ergebenden Rechtsbeziehungen gelten daher nicht für sie [69]). Danach gehören Zwischenmeister nicht einmal im Sinne der Bestimmungen über den Vertrauensrat zur Gefolgschaft (arg. § 34 A.O.G., § 2 II, 23 des Heimarbeitsgesetzes). Ihre Beschäftigten können nur evtl. zum Betriebe des Zwischenmeisters gehören, falls die oben angeführten Voraussetzungen zutreffen. Die Gleichstellung in § 34 A.O.G. ist in diesem Zusammenhange unbeachtlich.

V.

1) Die Betriebszugehörigkeit begründet für Gefolgschaft und Betriebsführer arbeitsrechtliche Folgen. Das ist besonders wichtig in den Fällen des mittelbaren Arbeitsverhältnisses. Bei der Bedeutung dieser grundsätzlichen Änderung gegenüber dem früheren Rechtszustand verdient dies noch eine besondere erläuternde Darstellung.

2) Die Treuepflicht des Beschäftigten gegenüber dem Führer des Betriebes liegt auch den Beschäftigten ob, die nicht in unmittelbaren Vertragsbeziehungen zum Führer stehen. Zu ihr sind alle mittelbar Beschäftigten, mit Ausnahme der bei Hausgewerbetreibenden und Heimarbeitern Tätigen, verpflichtet. Daher erfaßt die Treuepflicht gegenüber dem Führer des Betriebes beispielsweise auch die Mitglieder einer Gruppe und auch die Hilfskraft des Hofgängers, obgleich zwischen den genannten Beschäftigten und dem Betriebsführer meist keine obligatorischen Beziehungen bestehen. Die Treuepflicht umfaßt die Pflicht, für Interessen, Ruf, Ansehen des Betriebes einzutreten und drohende Schädigungen abzuwenden, negativ, alles zu unterlassen, was den Interessen des Führers zuwiderläuft, die Pflicht zur Verschwiegenheit usw. Es gilt alles, was man früher allein aus den §§ 611, 242, 157 BGB. herleitete [70]). Die Verletzung der Treuepflicht macht, genau wie die Verletzung aller in der Betriebszugehörigkeit begründeten Pflichten, schadensersatzpflichtig [71]).

---

68) Dersch, AOG. § 5 Anm. 3, Hueck, JW. 1934 S. 1024, A. M. Stritzke, JW. 1934 S. 599. Mansfeld-Pohl-Steinmann-Krause § 1 Anm. 3 d S. 96 meinen, daß die Hausgewerbetreibenden, die selbst Betriebsarbeiter beschäftigen, nicht zur Gefolgschaft gehören. Andererseits sollen die allein tätigen Hausgewerbetreibenden in jeder Hinsicht Gefolgschaftsmitglieder sein, also alle Rechte und Pflichten haben. Bei dem klaren Gesetzeswortlaut scheint diese Meinung unrichtig.

69) Vgl. Joerges, Führer und Gefolgschaft, S. 35.

70) Dazu Mansfeld usw. § 2 Anm. 3d, Staudinger, § 611 Anm. I 7b, RGR. Komm. Anm. 2, Oertmann Anm. 1 b, Planck Anm. 3 b zu § 611 BGB.

71) Die Verletzung der Treuepflicht ist zwar auch eine Verletzung der sozialen Ehre und bildet möglicherweise einen Tatbestand für ehrengerichtliche Bestrafung nach § 36 Ziff. 4 AOG. Dasselbe gilt für die Fürsorgepflicht. Treue- und Fürsorgepflicht sind aber zugleich Schutzgesetze im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB. Die Fürsorgepflicht gegenüber der Gefolgschaft bezweckt

3) Entsprechend der Treuepflicht entspringt auch die Fürsorgepflicht [72]) nicht allein den §§ 618 BGB., 120 a ff. Gew.O., 62 HGB. und ähnlichen Vorschriften, sondern folgt schon aus der Betriebszugehörigkeit. Der Gastwirt haftet daher den Mitgliedern der Kapelle, die durch den Zustand seiner Räume etwa zu Schaden kommen, unmittelbar auf Schadensersatz, ebenso der Gutsherr den Melkern, Schweizern und Hilfskräften des Deputanten.

Die Fürsorgepflicht des Betriebsführers richtet sich im Inhalt und Umfang nach den Verhältnissen des einzelnen Falles. Es gilt alles entsprechend, was zu §§ 618 BGB., 120 a Gew.O. rechtens ist, nur daß immer zu beachten ist, daß Treue- und entsprechend Fürsorgepflicht nach nationalsozialistischer Rechtsauffassung meist noch weiter gehen werden als nach bisheriger Rechtsprechung.

Die Fürsorgepflicht kann sich unter Umständen auch auf Familienangehörige erstrecken. Wenn es z. B. üblich ist, daß diese den Arbeitern das Mittagessen auf die Arbeitsstelle bringen, so umfaßt die Fürsorge für die Arbeiter auch die Pflicht, dafür Sorge zu tragen, daß den Angehörigen auf der Arbeitsstätte kein Schaden entsteht [73]).

Bei geschlossenen Gruppen, insbesondere Musikkapellen, Tanzgruppen usw. gehört es zur Fürsorgepflicht, daß der Betriebsführer den Einzelnen in der Gruppe duldet. Schließt der Betriebsführer ein Mitglied der Gruppe ohne gerechtfertigten Grund aus, so ist er aus § 276 BGB. schadensersatzpflichtig [74]).

Zur Fürsorgepflicht im weiteren Sinn gehört auch die Ausstellung eines Zeugnisses (§§ 630 BGB., 73 HGB., 113 Gew.O.), da dem Beschäftigten dadurch das Fortkommen erleichtert werden soll. Der Betriebsführer wird daher zur Zeugniserteilung verpflichtet sein [75]).

4) Treue- und Fürsorgepflicht überdauern die Betriebszugehörigkeit. So wie man bereits seit langem die Rechte und Pflichten aus

---

den Schutz des einzelnen Betriebsangehörigen (vgl. Dersch, AOG. § 2, 3 b). Ebenso ist die Treuepflicht zum Schutze des Führers aufgestellt worden.

Man wird aber noch weiter gehen können und die Verletzungen der Treue- Fürsorge- und Gehorsamspflicht analog den vertraglichen Verstößen behandeln (vgl. auch Dersch AOG § 2 Anm. 4 c). Die Vorschrift des AOG. ist wesensgleich den §§ 618 BGB., 62 HGB., 120 b Gew.O., bei denen die Fürsorgepflicht als vertragliche Pflicht anerkannt ist. Es handelt sich bei der Fürsorge- und Treuepflicht des AOG. um aus der Betriebszugehörigkeit geborene, wechselseitige und in einem gewissen Abhängigkeitsverhältnis zu einander stehende Ansprüche, da der eine das Spiegelbild des anderen ist. Die Vorschriften über Vertragsverletzungen sind daher m. E. analog anwendbar. Es handelt sich um eine Art gesetzlichen Schuldverhältnisses.

Das Gleiche, wie eben gesagt, gilt für die Gehorsamspflicht.

72) Dazu Mansfeld usw. AOG. § 2 Anm. 2 d., der mit Recht davor warnt, aus § 2 eine Generalklausel herauszulesen.

73) So schon RG Gruch. 64/103 ff.: Die Konstruktion des Vertrages zugunsten Dritter durch das RG. erscheint etwas gesucht. Vgl. Oertmann § 618 Anm. 9. Von dem Führer kann aber in diesen Fällen nicht zu viel verlangt werden. Die Fürsorgepflicht gegenüber den Angehörigen ist nicht höher als gegenüber der Gefolgschaft.

74) So schon nach dem früheren Rechtszustand RAG. 9 S. 355 ff.

75) So schon Westendorf, Schli.W. 1932 S. 126 f.

nachwirkendem Vertragsverhältnis kannte, wird man auch Nachwirkungen der Betriebszugehörigkeit anerkennen müssen. Beispielsweise besteht eine Verpflichtung des Betriebsführers, dem Beschäftigten bei Erlangung einer neuen Stelle keine Hindernisse zu bereiten [76]). Er hat die Verpflichtung, über den Gehilfen dritten, sich nach ihm erkundigenden Personen Auskunft zu erteilen. Die Grenze ziehen Treu und Glauben und die nationalsozialistische Weltanschauung. Andererseits überdauert auch die Schweigepflicht hinsichtlich der Geschäftsgeheimnisse die Betriebszugehörigkeit.

5) Gemäß § 2 Abs. 1 A.O.G. entscheidet „der Führer des Betriebes der Gefolgschaft gegenüber in allen betrieblichen Angelegenheiten." Die Befehlsgewalt des Führers, sein Direktionsrecht folgt daher nicht aus dem Abschluß von Arbeitsverträgen, sondern ist Zeichen seiner Führerstellung im Betriebe. Ihm entspricht auf der anderen Seite die Gehorsamspflicht der Gefolgschaft.

Daher kann beispielsweise der Gutsherr den Melkern, Schweizern, Hofgängern unmittelbar Anweisungen erteilen und diese sind ihm Gehorsam schuldig. Das Weisungsrecht darf natürlich nicht mißbräuchlich ausgeübt werden. Der Konzertunternehmer kann daher nicht von Musikern von Rang verlangen, daß sie Schlager spielen, wenn der Kapellmeister sich dagegen ausgesprochen hat, wie der Betriebsführer überhaupt bei Gruppen alles vermeiden muß, was die Einheit der Gruppe stört [77]).

VI.

Alle jene, eben aufgezählten Rechte und Pflichten können sich aber auch aus dem Vertrage ergeben und zwar können sie nach dem oben Gesagtem hier andere Personen treffen, als sich aus der Betriebszugehörigkeit ergibt. Ist das letztere der Fall, dann kann daher möglicherweise eine Konkurrenz der Ansprüche und Pflichten eintreten. Schwierigkeiten ergeben sich hieraus nicht.

Das Führerprinzip beruht auf der Autorität nach unten und Verantwortung nach oben. Daher geht bei widersprechenden Befehlen die Anordnung des Hauptbetriebsführers unbedingt vor, ihm ist dabei die Gefolgschaft Gehorsam schuldig.

Die Gefolgschaft muß die Treue sowohl dem Betriebsführer wie dem unmittelbaren, vertraglichen Unternehmer halten. Sollten sich dabei Kollisionen ergeben, so hat den Vorrang die Treue gegenüber dem Hauptbetriebsführer. Die Treuepflicht folgt der Gehorsamspflicht. Sie ist mit ihr untrennbar verbunden.

---

76) Für den Vertrag neuestens RAG, JW. 1934 S. 1259 (Anm. Titze) und RAG. in Arb.Rspr. 1934 S. 254, ebenso Mansfeld-Pohl-Steinmann-Krause § 2 Anm. 3 d. S. 115.

77) Der Führer darf von seiner Macht nur „mit höchstem Pflicht- und Verantwortungsgefühl Gebrauch machen". Mansfeld-Steinmann-Pohl-Krause § 2 Anm. 2 b S. 106, Nikisch, S. 18.

Das Spiegelbild der Treue ist die Fürsorgepflicht. Ganz entsprechend trifft auch die Fürsorgepflicht den Hauptbetriebsführer. Aber auch der unmittelbare Arbeitgeber hat für sie einzustehen. Man wird annehmen müssen, daß beide als unechte Gesamtschuldner haften. Die Ausgleichspflicht im Innenverhältnis wird sich nach den Umständen des Einzelfalls richten. Dabei wird es darauf ankommen, wer das Betriebsrisiko trägt und in wessen Gefahrensphäre im Innenverhältnis die zu Ersatz verpflichtende Handlung fällt.

VII.

1) Soweit sich Rechtsfolgen nicht unmittelbar aus der Betriebszugehörigkeit ergeben, muß die Lösung der Fragen des mittelbaren Arbeitsverhältnisses grundsätzlich vom Arbeitsvertrage, der B.O. oder T.O. ausgehen. Das ist bei allen anderen, eben nicht erwähnten Rechtsfolgen der Fall. Insbesondere gilt dies für die Lohnforderungen und die sonstigen vermögensrechtlichen Ansprüche.

Der Vertrag ist für die Fälle des mittelbaren Arbeitsverhältnisses besonders wichtig. Meist wird eine Betriebsordnung nicht erlassen werden können, da in dem Hauptbetrieb nicht in der Regel mindestens 20 Arbeiter und Angestellte beschäftigt werden (§ 26 A.O.G.). Der Inhalt der Betriebsordnung hängt zudem, soweit er nicht in § 27 Abs. 1 AOG. bindend vorgeschrieben ist, vom Ermessen des Betriebsführers ab, sodaß daneben für einen Vertrag Raum ist. Die Bestimmungen der B.O. sind ferner nur Mindestbedingungen (§ 32 AOG). Zu beachten ist in diesem Zusammenhang auch die Vorschrift des § 34 AOG.

2) Sind beim Vertrage klare und eindeutige, vielleicht sogar schriftlich niedergelegte Willenserklärungen der Parteien vorhanden, so macht die Frage, zwischen welchen Beteiligten des mittelbaren Arbeitsverhältnisses Rechtsbeziehungen bestehen, keine Schwierigkeiten. Es kommt allein auf den erklärten Parteiwillen an.

Diese Meinung wird zwar von Potthoff [78]) bestritten, der meint, Vertragsfreiheit bestehe nur insoweit, daß die Parteien bestimmen können, welche Beziehungen rechtlicher Art sie miteinander eingehen wollen. Die Vertragsfreiheit gehe aber nicht so weit, daß die Parteien Verträge schließen können, die mit den tatsächlichen Verhältnissen in Widerspruch stehen. Rechte und Pflichten des Arbeitgebers könnten nicht jemand genommen werden, der als Träger des Gewinn- und Verlustrisikos tatsächlich Unternehmer ist und sie könnten nicht jemand zugewiesen werden, der tatsächlich nicht Unternehmer sei.

Diese Meinung Potthoffs findet jedoch in der augenblicklichen Rechtslage keine Stütze [79]). Die Parteien können also sowohl dem

78) Arb.R. 1932 S. 349 ff.: „Vertragsfreiheit und Tatsachenzwang".

79) De lege ferenda erscheint sie billigenswert. Die Überzeugung davon scheint aber noch nicht soweit vorgedrungen, daß § 305 BGB. durch die neue

mittelbaren wie dem unmittelbaren Arbeitgeber die Stellung des Unternehmers zuweisen, soweit der Vertrag nicht im Einzelfall gegen § 138 BGB. verstößt.

Unrichtig in der Formulierung ist es auch, wenn Kausen (Deutsches A.R. 1934 S. 73) sagt, daß nach dem Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit nicht mehr der Arbeitgeber, sondern der „Unternehmer" der schuldrechtliche Vertragspartner sei und meint, Dienstberechtigter könne danach nur noch der Träger des Betriebsrisikos sein.

Der Begriff des Unternehmers nach dem AOG. enthält den Begriff des Arbeitgebers in sich, sodaß aus dieser terminologischen Änderung keine rechtlichen Folgen gezogen werden können.

3) Es muß aber betont werden, daß auf unserem Gebiet die Erklärungen der Parteien meist unklar sind. Das gilt nicht nur, wenn die Parteien überhaupt keine Erklärungen darüber abgegeben haben, wer Arbeitgeber sein soll, sondern auch dann, wenn sie scheinbar eindeutige, in Wahrheit jedoch inhaltslose und Zweifel lassende Äußerungen beim Vertragsschluß getan haben. Wenn eine Zwischenperson erklärt, s i e stelle jemanden in i h r e m Betriebe, in i h r e r Kapelle, i h r e r Kolonne ein, so ist dies nicht notwendig dahin auszulegen, daß sie Unternehmer werden wolle. Auch der Kommis in einem Laden pflegt zu sagen: I c h habe die Ware nicht auf Lager, werde sie aber bestellen" oder ähnliche Wendungen zu gebrauchen, als wenn er selbst der Chef wäre. Es ist aber noch niemand auf den Gedanken gekommen, daß der Kommis etwa gemäß § 164 II BGB. selbst hafte.

Die Behandlung eindeutiger Erklärungen scheidet in der Arbeit aus.

Sind die Parteierklärungen beim Vertragsschluß unklar, so ist durch die ergänzende Vertragsauslegung dem Recht der konkreten Wirklichkeit zum Siege zu verhelfen. Es handelt sich darum, die konkrete, wirkliche Ordnung der Verhältnisse klar zu erkennen und der gerechten Lösung zuzuführen [80]). Als Anhaltspunkte können dienen die Umstände, insbesondere die wirtschaftlichen Verhältnisse und die Interessenlage. Eine große Rolle spielt weiter, welche Ansichten und Vorstellungen in dem betreffenden Berufszweig vorherrschen. Von Nutzen ist es auch, die Tarifverträge, auch soweit sie nicht als Tarifordnungen weiter gelten, zur Auslegung der nicht betroffenen Einzelverträge mit heranzuziehen, da sie insoweit regelmäßig allgemeine Rechtsüberzeugung enthalten werden. Richtschnur muß immer sein, daß jede einzelne Entscheidung der Gemüts- und Geistesbasis der allgemeinen deutschen Volksüberzeugung entsprechen muß. Nach

---

Rechtsanschauung überwunden ist. Die Abkehr von der Vertragsfreiheit hat sich zwar durch Sondergesetze auf einer größeren Anzahl von Gebieten vollzogen. Soweit diese Sonderfälle jedoch nicht vorliegen, besteht sie fort. Auch im künftigen Recht wird der Vertragsfreiheit im Rahmen der (vorgehenden) Interessen der Volksgemeinschaft ein größerer Raum eingeräumt bleiben.

80) Dazu Carl Schmitt in „Deutsches Recht" 1934 S. 227.

einem Wort Frank's [81]) muß das Ziel Lebensrecht und nicht Formalrecht sein. Als allgemeine Verkehrssitte haben ausschließlich die Grundsätze des Nationalsozialismus zu gelten [82]).

Im 2. Kapitel der Arbeit sollen die wichtigsten Arbeitsverhältnisse demgemäß betrachtet werden. An dieser Stelle sollen nur einige allgemeine Fragen der Rechtslage bei unklarem Erklärungsinhalt erörtert werden.

VIII.

Die entscheidende Frage ist immer die, ob die Zwischenperson beim mittelbaren Arbeitsverhältnis den Beschäftigten im eigenen oder fremden Namen angestellt hat. Eine Beantwortung ist nach oben Gesagtem nur unter Beachtung aller Umstände des Einzelfalles möglich.

Es kommt jedoch im Regelfall darauf an, ob die Zwischenperson selbst in einem wirtschaftlichen Abhängigkeitsverhältnis zu dem Unternehmer steht [83]). Ist die Zwischenperson wirtschaftlich abhängig, so hat sie den Vertrag regelmäßig nicht im eigenen Namen geschlossen. Denn wenn die Zwischenperson selbst wirtschaftlich abhängiger Beschäftigter ist, dann wird ihr Wille nicht dahin gegangen sein, die vielgestaltigen Verpflichtungen des Unternehmers auf sich zu nehmen, da sie zu ihrer Erfüllung selbst nicht in der Lage sein wird. Schon die Lohnzahlung kann sie nur bewirken, wenn sie vom mittelbaren Unternehmer das Geld erhält. Aber auch der vernünftige Wille des Beschäftigten wird nicht dahin auszulegen sein, mit der Zwischenperson abzuschließen. Naturgemäß wollte er mit dem dahinterstehenden, wirtschaftlich stärkeren Unternehmer kontrahieren [84]).

Daher kommt nach dem oben Gesagten ein Vertrag unmittelbar zwischen Unternehmer und Beschäftigten zustande.

Das gilt nicht nur, wenn der Beschäftigte weiß, daß sein Partner wirtschaftlich abhängig ist, sondern vor allem auch dann, wenn ihm die wirtschaftlichen Verhältnisse als Außenstehendem unbekannt sind.

Die Mittelsperson hat nicht etwa als versteckter Vertreter nach § 164 Abs. 2 BGB. gehandelt.

Das Reichsgericht hat in seiner langjährigen Praxis über den „Vertrag für den es angeht" den Grundsatz herausgebildet, daß ein Vertrag mit dem Vertretenen auch dann zustandekommen kann, wenn äußerlich nicht ersichtlich ist, ob der Vertreter im eigenen oder im Namen des Vertretenen handelt. § 164 II BGB. liegt dann nicht

81) Deutsches Recht 1934 S. 232.

82) Carl Schmitt, Deutsches Recht 1933 S. 201, Kausen, Deutsches Arbeitsrecht 1934 S. 73.

83) Es kommt nur auf wirtschaftliche, nicht persönliche Abhängigkeit an.

84) Das erscheint möglicherweise konstruiert, ist aber sachgemäße Erforschung des wahren Willens. Über den Wert der juristischen Konstruktion im allgemeinen neuerlich: Larenz, IheringsJ. 83 S. 110 ff.

vor, wenn auf beiden Seiten das Gleiche, nämlich Abschluß des Geschäfts mit dem Vertretenen gewollt ist. Für die Anwendung des § 164 II BGB., der im Interesse der Verkehrssicherheit in dem vorgesehenen Fall die Berufung auf einen Willensmangel ausschließt, bleibt kein Raum, wenn ein solcher Willensmangel nicht vorhanden ist, sondern die Willensrichtung beider Parteien sich deckt [85]). Die Rechtsprechung ist billig und vernünftig. Sie ist daher als richtig anzuerkennen.

Ist die Zwischenperson wirtschaftlich abhängig, so will sie nicht im eigenen Namen abschließen und auch der Beschäftigte will von dem Unternehmer eingestellt sein. Die Willenserklärung des Beschäftigten hat jedenfalls nach vernünftiger Auslegung objektiv diesen Inhalt. Beider Willenserklärungen stimmen also überein, sodaß ein Vertrag mit dem Unternehmer zustandegekommen ist.

Für die Annahme eines mittelbaren Vertrages ist aber immer Voraussetzung, daß die Zwischenperson von dem Unternehmer Vollmacht zum Abschluß von Arbeitsverträgen erhalten hat.

Die Vollmacht wird aber meist stillschweigend erteilt sein. Sie liegt sinngemäß darin, daß ein Unternehmer duldet, daß die Zwischenperson in seinem Interesse Leute annimmt, auch wenn der Unternehmer sich nicht im klaren über die Rechtslage ist [86]).

Dient allerdings die Hilfskraft allein der Bequemlichkeit der Zwischenperson oder ist die Anstellung gegen den Willen des Unternehmers erfolgt, so ist mangels Vollmacht kein Vertrag mit dem mittelbaren Unternehmer zustandegekommen. Es gelten die §§ 177, 179 BGB.

Beim Heuerlingsvertrag (S. 2) und Hausmeistervertrag (S. 2) erfolgt die Anstellung der Hilfskraft regelmäßig, damit sich der Hausmeister und Heuerling selbst Arbeit ersparen. Zwischen Hauswirt bzw. Gutsbesitzer und Hilfskraft kommt es daher zu keinem Vertrage. Ansprüche der Hilfskraft gegen diese bestehen nicht.

Hat der Unternehmer aber von vornherein damit rechnen müssen, daß der Heuerling oder Hausmeister nicht in der Lage sein wird, alle Arbeiten zu verrichten, so stehen Hilfskraft und Hauptunternehmer in einem arbeitsvertraglichen Verhältnis, sofern nicht Ortsgebräuche und Anschauungen entgegenstehen [87]).

---

85) Die Rechtsprechung interessiert besonders die Frage, ob im kaufmännischen und gewerblichen Verkehr ein Vertrag mit dem Geschäftsinhaber auch dann perfekt wird, wenn der ihn abschließende Vertreter irrtümlich für den Geschäftsinhaber selbst gehalten wird. Zu den Fragen des „Vertrages für den es angeht" vgl. RG. 57 S. 25, 67 S. 149 Warn. 1910 Nr. 316, JW 1921 S. 1309, OLG. 22 S. 153, 24 S. 271, Recht 01 S. 231 Sächs. Ann. 25 S. 189, 26 S. 144, v. Tuhr II 2 S. 346, Planck-Flad 1913 § 164 Anm. 4, Manigk, JW. 1921 S. 1309 ff., Cohn S. 6 ff. Teilweise abweichend Müller-Erzbach, Grundsätze der mittelbaren Stellvertretung, 1905 S. 32 f., Schlossmann, Lehre von der Stellvertretung I. 379. Einen (nicht vollständigen) Überblick über die Meinungen gibt die Bresl. Diss. von Müller, Das Geschäft für wen es angeht, 1932 S. 21 ff.

86) RG. 50 S. 76, 81 S. 260, 95 S. 262 und ständig.

87) A. M. Swarsensky S. 19.

IX.

Die Praxis der Arbeitsgerichte vertritt hinsichtlich der vertraglichen Beziehungen häufig den hier vorgetragenen Standpunkt [88]). Mißverständlich erscheint auf den ersten Blick die Entscheidung des R.A.G. vom 17. Juni 1931 (abgedruckt in Kartenauskunftei, Karte Zwischenmeister). Die Arbeiter waren in einer Konfektionsfirma angestellt. Die Maschinen, die Räumlichkeiten gehörten jedoch einer Kleiderfabrik, die auch die Lohngelder bezahlte. Am Haustor war ein Firmenschild der Fabrik angebracht. Das R.A.G. betrachtet daher mit Recht den Inhaber der Fabrik als Arbeitgeber. Wenn das R.A.G. aber in den Gründen nur Wert darauf legt, daß die Arbeiter mit dem Inhaber der Fabrik in Vertragsbeziehungen treten wollten und nach Treu und Glauben auch berechtigt waren, den Inhaber der Fabrik als Arbeitgeber anzusehen, so ist vergessen zu erwähnen, daß der Inhaber der Kleiderwerkstätte als Vertreter der Fabrik handelte. Daß der Inhaber der Werkstätte aber den Umständen nach Vollmacht hatte, ergibt sich aus dem Gesamtinhalt der Entscheidung. Das Urteil bewegt sich daher im Rahmen der oben erwähnten Grundsätze.

2. Kapitel.

Die Hauptfälle des mittelbaren Arbeitsverhältnisses.

Die Rechtsbeziehungen beim mittelbaren Arbeitsverhältnis ergeben sich aus der Betriebszugehörigkeit und aus Vertrag. Hier mögen nur noch die vertraglichen Beziehungen kurz untersucht werden.

I. Hofgängervertrag.

1) Nach dem oben Gesagten (S. 27) müßten regelmäßig zwischen Gutsbesitzer und Hofgänger unmittelbare vertragliche Beziehungen bestehen, da die Willenserklärungen der Parteien dahin ausgelegt

---

88) In demselben Sinn Gew.Ger. Berlin in Schulz-Schalhorn Nr. 11 S. 106: Ein Baugeldgeber ist dann der Arbeitgeber der Bauarbeiter, wenn der Bauherr nicht zahlungskräftig, wirtschaftlich völlig vom Baugeldgeber abhängig ist und von ihm kontrolliert wird. Vgl. auch a.a.O. Nr. 10: Bei Neubau wurden Töpferarbeiten an einen Unternehmer, der auf eigene Rechnung arbeitete, vergeben. Nur dieser ist der Arbeitgeber. Auch zu vgl. Unger, Entsch. Nr. 17, M. Baum, Handbuch Nr. 49, Nr. 155—159, 145/46.

Das LAG. Berlin v. 20. 10. 32, Mitt. IV 55 ff. entschied folgenden Fall: Kläger war bei der Firma B. angestellt, aber vorwiegend für F. tätig. B. führte nur eine Scheinexistenz und war von F. abhängig. Das LAG. nimmt zutreffend an, daß unmittelbare vertragliche Beziehungen zwischen dem Kläger und F. bestehen.

Bei Hawlitzky, JW. 1934 S. 1539, der Fälle aus dem Bauhandwerk behandelt, ist der beifallswerte Beschluß des Kammergerichts vom 7. Mai 1934 erwähnt, nach welchem die Bauhandwerker regelmäßig zu dem Grundeigentümer in Vertragsbeziehungen stehen, auch wenn den Vertrag nicht der Grundeigentümer, sondern ein Dritter abgeschlossen hat (19. U. 3247 / 34 des KG.).

werden müßten. Man könnte sagen, daß der vermögenslose Deputant nicht selbst die Arbeitgeberpflichten tragen kann, daß der Hofgänger gesichert werden will und den Gutsbesitzer als Arbeitgeber vorziehe.

Nach den Anschauungen in den Kreisen der Landarbeiter und Gutsbesitzer schließt aber einerseits der Gutsbesitzer mit dem Deputanten und andererseits der Deputant mit dem Hofgänger einen Vertrag.

Diese Verkehrsanschauung hat ihren Niederschlag in einer großen Anzahl von Tarifverträgen gefunden[1]). In der Vorläufigen Landarbeiterordnung hat der Gesetzgeber bewußt davon abgesehen, unmittelbare Rechtsbeziehungen zwischen Gutsbesitzer und Hofgänger aufzustellen. Ganz entsprechend haben eine große Anzahl von Landarbeitsgerichten die Anschauungen in der Landwirtschaft festgestellt und zum Ausgangspunkt ihrer Entscheidungen gemacht[2]).

Diese fest verwurzelte Anschauung steht der Annahme unmittelbarer Rechtsbeziehungen zwischen Gutsbesitzer und Hofgänger entgegen. Gerade nach nationalsozialistischer Rechtsauffassung müssen die Anschauungen der beteiligten Volkskreise maßgeblich berücksichtigt werden. Das Recht offenbart sich durch das Rechtsgefühl des Volkes[3]). Falls sich jedoch die jetzige Rechtsauffassung in der Frage dahin wandeln sollte, daß unmittelbare vertragliche Beziehungen zwischen Gutsbesitzer und Hofgänger bestehen, wird der Richter diese Anschauung fördern und unterstützen müssen[4]).

Die jetzige Rechtsauffassung ist danach die, daß der Deputant mit dem Gutsbesitzer einen eigenen Dienstvertrag[5]) und einen Dienstverschaffungsvertrag über die Arbeitskraft des Hofgängers schließt[6]). Mit dem Hofgänger steht er in einem Dienstvertragsverhältnis, das nur die Besonderheit aufweist, daß die Arbeit dem Gutsbesitzer geleistet werden soll[7]).

2) Der Deputant hat daher allein einen Lohnanspruch gegen den Gutsbesitzer. Der Hofgänger kann sich hinsichtlich des Lohnes nur

1) Vgl. z. B. Tarifvertrag für Landarbeiter in den Kreisen Teltow, Niederbarnim und Berlin 1928, Tarifvertrag für Landarbeiter in den Kreisen Ost- und Westhavelland 1924. Wichtig ist dabei die Feststellung, daß nach der Rechtsprechung des RAG. unmittelbare Rechtsbeziehungen der Beteiligten durch Tarifvertrag normiert werden konnten. Vgl. RAG. Bensh. 7 S. 32 f. Es bestanden also keinerlei rechtliche Bedenken dagegen, daß unmittelbare Rechtsbeziehungen zwischen Gutsbesitzer und Hofgänger normiert wurden.

2) LAG. Stettin, Landarbeitgeber 1932 Nr. 93, LAG. Königsberg a.a.O. 1932 Nr. 80 und Nr. 38 und Heft 17/18, Bensh. 4/132.

3) Nikolai S. 25.

4) Über die Frage, was unter Volksanschauung zu verstehen ist und wieweit der Gesetzgeber erzieherisch wirken soll: Freisler, Deutsche Justiz 1934 S. 474. Der Richter wird nicht so weit gehen können. Vgl. auch OVG. JW. 1934 S. 1269.

5) Die überlassenen Wohnräume sind Nebenverpflichtung. Entsprechende Anwendung der Mietregeln.

6) Vgl. LAG. Königsberg Bensh. 4 S. 132, Köslin 3 S. 212, Molitor, VLO. § 1 Anm. 28, Böttcher, Gew.Kfm.Ger. 24 S. 142 nimmt Werkvertrag an.

7) Molitor, VLO. § 1 Anm. 28, v. Waldow S. 26.

an den Deputanten halten. Dasselbe gilt für Ansprüche auf Vorschuß, Aufwendungsersatz (§§ 675, 670, 669 BGB.) und die anderen vermögensrechtlichen Ansprüche.

Auf den Dienstvertrag des Hofgängers findet die Vorläufige Landarbeiterordnung keine unmittelbare Anwendung, da die Hofgänger im Sinn der Vorläufigen Landarbeiterordnung nicht im Betriebe der Landwirtschaft beschäftigt sind. (§ 1 V.L.O.). Eine entsprechende Anwendung der Vorschriften der V.L.O. ist jedoch geboten. Der Hofgänger steht zu dem Gutsherrn infolge der Einordnung in den Betrieb in mancherlei Rechtsbeziehungen. Auch der Gedanke der V.L.O., den Landarbeiter möglichst zu schützen, rechtfertigt die Analogie [8]). Der Hofgänger genießt daher vor allem den Wohnungsschutz aus § 15 V.L.O. und kann höhere Überstundenentlohnung verlangen.

Soweit der Deputant Frau und Kinder beschäftigt, liegt regelmäßig kein Dienstverhältnis, sondern ein Verhältnis gemäß §§ 1356, 1617 BGB. vor [9]). Die §§ 1356 und 1617 BGB. reden zwar nur von Arbeitsleistung im Geschäft des Mannes und Vaters. Eine ausdehnende Auslegung der angezogenen Vorschriften des BGB. ist aber geboten, weil Sinn und Zweck dieser Bestimmung verbieten, daß die Arbeitsleistung im Betriebe des Mannes anders behandelt wird als die Arbeit, die einem Deputanten für einen Gutsherrn geleistet wird. Eine andere Auslegung wäre Buchstabeninterpretation [10]).

Der Deputant steht nicht nur zu dem Gutsherrn in einem Dienstverhältnis, sondern schließt auch einen Dienstverschaffungsvertrag über die Arbeitskraft des Hofgängers ab [11]).

Das ist zwar bestritten. Häufig wird die Frage bejaht, gleichzeitig dem Hofgänger aber die Stellung eines Erfüllungsgehilfen zugewiesen. Beides schließt sich aber aus.

Beim Dienstverschaffungsvertrag verpflichtet sich der Schuldner, eine Hilfskraft auszuwählen, zu gestellen und zu beaufsichtigen. Die Hilfsperson ist nicht Erfüllungsgehilfe nach § 278 BGB., da die Dienste der Hilfsperson nicht als eigene, sondern als Schuld der Hilfsperson versprochen werden [12]). Beim Hofgängervertrag geht die Verpflichtung des Deputanten, ganz diesen Regeln entsprechend, dahin, einen Hofgänger zu gestellen. Er verpflichtet sich nicht etwa dazu, dauernd eine bestimmte Arbeitsleistung zu vollbringen, zu der er nur unter Gestellung einer Hilfskraft in der Lage ist. Dagegen spricht, daß in den Verträgen immer gesagt ist, daß Hofgänger ge-

---

8) Molitor VLO. § 1 Anm. 28, v. Waldow S. 26.

9) RAG. JW. 1934 S. 1062, JW 1933 S. 2081, 1934 S. 634. A. M. aber OLG. Karlsruhe, JW. 1934 S. 1432 (Anm. Opermann): Dienstverhältnis ist anzunehmen, wenn die Eltern aus irgendeinem Grunde der Arbeitskraft des Kindes bedürfen. Ein solcher „Grund" kann auch im Hofgängervertrag selbst liegen. Vgl. auch RAG. JW 1934 S. 1935.

10) Molitor, Kartenauskunftei a.a.O.

11) LAG. Königsberg, Bensh. 4 S. 132, Molitor, VLO § 1 Anm. 28.

12) RGR. Komm. Vorb. I vor § 611, Oertmann, Vorb. 3 h vor § 611, Planck, § 611 Anm. VIII 2, Staudinger § 613 II 5.

stellt werden müssen, es aber nie heißt, daß bestimmte Leistungen vollbracht werden müssen. Der Deputant würde sich auch nicht durch Mehrarbeit von der Gestellung eines Hofgängers befreien können [13]). Der Hofgängervertrag ist daher als Dienstverschaffungsvertrag anzusehen [14]).

3) Aus der oben bezeichneten Rechtslage, daß Hofgänger und Gutsherren in keiner vertraglichen Beziehung stehen, sind folgende Schlüsse auf die Kündigung zu ziehen.

Nach der Natur des Rechtsverhältnisses kann der Unternehmer den Deputanten, der Deputant den Hofgänger entlassen. Auf die Kündigung sowohl des Gutsbesitzers wie des Deputanten finden die gewöhnlichen Vorschriften der V.L.O. Anwendung.

Der Gutsbesitzer kann den Hofgänger nicht unmittelbar entlassen, da das Kündigungsrecht Ausfluß des Vertragsverhältnisses ist. Kündigt aber der Gutsbesitzer dem Deputanten, so endigt mit dem Vertrage des Deputanten auch das Dienstverhältnis des Hofgängers. Der Vertrag des Hofgängers ist vom Bestehen des Hauptvertrages abhängig. Dies ist Vertragsinhalt. Deputant und Hofgänger waren sich von vornherein darüber klar, daß die Verpflichtung des Deputanten, einen Hofgänger zu stellen, nur für die Zeit eines Vertrages besteht und daß der Deputant kein eigenes Interesse an der Arbeitskraft des Hofgängers hat. Der Vertrag ist unter der auflösenden Bedingung geschlossen, daß er mit der Endigung des Hauptvertrages gleichfalls aufhört [15]).

Die Kündigung des Deputanten läßt die auflösende Bedingung des Vertrages zwischen Hofgänger und Deputant eintreten. Ist der Hofgänger Schwerbeschädigter, so findet in diesem Fall der Kündigungsschutz des § 13 Schw.Besch.Ges. keine Anwendung, da § 13 nur für die Kündigung, nicht für den Eintritt einer Bedingung gilt [16]). Ebenso finden die Kündigungsschutzvorschriften der §§ 56 ff. A.O.G. aus den gleichen Gründen für den Hofgänger keine Anwendung [17]).

Der Gutsherr kann dem Deputanten unter Einhaltung der gesetzlichen oder vertraglichen Frist oder aus wichtigem Grunde fristlos kündigen. Ein wichtiger Grund zur Kündigung des Deputanten liegt auch dann vor, wenn der Hofgänger sich so vertragswidrig verhält, daß dem Gutsherrn die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses mit dem Deputanten nicht mehr zugemutet werden kann. Der Dienstvertrag und

---

13) Vgl. auch die zutreffenden Entscheidungen des LAG. Königsberg in Landarbeitgeber 1933 Nr. 24: Der Deputant genügt seiner Verpflichtung, wenn er dem Unternehmer die Arbeitskraft e i n e s Hofgängers nachweist und Landarbeitgeber 1933 Nr. 25: Der Deputant ist verpflichtet, alle Möglichkeiten zur Gewinnung eines Ersatzes auszuschöpfen.

14) A. M. RAG. Bensh. 6 S. 20 f., LAG Köslin, Bensh. 3 S. 312, LAG Berlin, Rubens Nr. 2039, Pondorf S. 43 ff., die annehmen, der Hofgänger sei Erfüllungsgehilfe des Deputanten.

15) Vgl. LAG Königsberg, Bensh. 4 S. 132 und Landarbeitgeber 1932 Nr. 38.

16) Wagemann, § 13 Anm. 5 und dort Zitierte.

17) Hueck, JW. 1934 S. 1022 ff., Hueck-Nipperdey I. 297 ff.

der Dienstverschaffungsvertrag des Deputanten sind so eng miteinander verknüpft, daß sie wirtschaftlich als ein einheitlicher Vertrag betrachtet werden können. Verhält sich der Hofgänger vertragswidrig, so kann dies einen Kündigungsgrund für den Dienstvertrag des Deputanten gemäß § 16 V.L.O. darstellen [18]). Dadurch wird der ganze Landarbeitervertrag zur Auflösung gebracht.

Der Gutsherr kann aber auch allein den Dienstverschaffungsvertrag kündigen und das Dienstvertragsverhältnis mit dem Deputanten bestehen lassen. Bei der vertraglichen Vereinbarung zwischen Deputant und Gutsherr handelt es sich vorwiegend um eine Verpflichtung des Deputanten, die wieder allein aufgehoben werden kann, nicht so sehr um ein Recht [19]). Daher kann der Dienstvertrag des Deputanten ohne den Dienstverschaffungsvertrag bestehen bleiben. Eine Ausnahme besteht nur dann, wenn der eine nicht ohne den anderen geschlossen worden wäre (entsprechend § 139 BGB.). Das kann der Fall sein, wenn der Deputant nur deshalb eine bestimmte Stellung eingegangen ist, damit auch seine Familienangehörigen Arbeit haben.

Auf den Dienstverschaffungsvertrag finden die Vorschriften über die Kündigung von Dienstverträgen keine unmittelbare Anwendung. Da es sich aber um ein Dauerschuldverhältnis handelt, wird man aus einer Analogie von § 626 BGB., 16 VLO., 123 ff. Gew.O., §§ 553, 554, 723, 749 BGB. ff. herleiten müssen, daß dem Gutsbesitzer ein sofortiges Kündigungsrecht aus wichtigem Grunde zusteht. Der Gutsherr kann auch aus den Gründen des § 326 BGB. zurücktreten.

Man wird darüber hinaus dem Gutsherrn auch ein befristetes Kündigungsrecht zubilligen müssen. Er muß laufend für den Hofgänger zahlen, ihm evtl. Wohnung zur Verfügung stellen usw. Die Interessenlage ist daher die gleiche wie beim Dienstvertrag. Der Gutsbesitzer muß deshalb gemäß den Vorschriften der VLO. den Dienstverschaffungsvertrag kündigen können. Zu demselben Ergebnis kommt man, wenn man mit einer verbreiteten Meinung auf den Dienstverschaffungsvertrag die Regeln über die Miete entsprechend anwendet.

Die Kündigungsfrist muß jedoch so bemessen sein, daß der Deputant noch rechtzeitig dem Hofgänger kündigen kann. Denn nach dem Willen der Parteien kann nicht der Dienstverschaffungsvertrag aufgelöst werden, wenn der Deputant nicht mehr rechtzeitig dem Hofgänger kündigen kann. Dienstverschaffungsvertrag und Dienstvertrag sollen gleichzeitig endigen, da der Deputant die Verpflichtungen aus dem Dienstvertrag nicht allein tragen kann. Anders nur bei Kündigung aus wichtigem Grunde [20]).

Auf die Kündigungen finden die Kündigungsschutzvorschriften der §§ 56 ff. AOG. Anwendung. Kündigt der Deputant, so wird allerdings kein Kündigungsschutz eingreifen, da er nicht mindestens 10 Leute beschäftigt. Kündigt der Gutsherr den Dienstverschaffungs-

18) LAG Berlin, Rubens Nr. 2039.
19) LAG Königsberg, Landarbeitgeber 1932 Heft 17/18.
20) Rechtsgedanke des § 671 Abs. 2 BGB.

vertrag und kündigt darauf der Deputant dem Hofgänger, so gelten für den Hofgänger dennoch nicht die §§ 56 ff. AOG., wenn auch Kündigung des Dienstverschaffungsvertrages und die dadurch notwendigerweise erzwungene Kündigung durch den Deputanten praktisch nahe an eine unmittelbare Kündigung durch den Gutsherrn herankommt. Zwischen Gutsherrn und Deputanten bestehen keine vertraglichen Beziehungen. Solche sind aber für den Kündigungsschutz erforderlich.

Wie nach bisherigem Recht gelten die Kündigungsbeschränkungen nicht bei Kündigungen aus wichtigem Grunde [21]).

Ist der Dienstverschaffungsvertrag beendet, und hat der Deputant dem Hofgänger eine Wohnung überlassen gehabt, so kann der Hofgänger der Räumungsklage des Gutsherrn aus § 985 BGB. gegenüber einwenden, daß er gegen den Deputanten den Wohnungsschutz aus § 15 V.L.O. besitzt. Der Deputant ist als mittelbarer Besitzer insoweit dem Gutsherrn „zum Besitz berechtigt" (§ 986 BGB.). Der Deputant kann sich dem Gutsbesitzer gegenüber darauf berufen, daß er die Räume solange dem Hofgänger überlassen darf, als er ordnungsgemäß diesem kündigen kann.

Kündigt der Deputant aber dem Hofgänger nicht rechtzeitig, so endet damit sein Recht zum Besitz. Damit wird auch der Hofgänger mit dem Augenblick herausgabepflichtig, in dem er bei normaler Kündigung durch den Deputanten die Wohnung räumen müßte. (§ 15 VLO.).

Auf das Herausgabeverlangen des Gutsherrn findet übrigens auch § 556 Abs. 3 BGB. Anwendung, da der Deputantenvertrag ein gemischter Vertrag ist. § 556 BGB. führt natürlich zu demselben Ergebnis, da der Deputantenvertrag nicht früher aufgelöst werden kann als auch dem Hofgänger gekündigt werden kann.

4) Die Haftung innerhalb des Landarbeitervertrages ist die gewöhnliche. Es wird für Verzug, Unmöglichkeit und positive Vertragsverletzung gehaftet. Daher kann der Hofgänger vom Deputanten Schadensersatz verlangen, wenn ihm Kost und Logis nicht oder nicht ordnungsgemäß gewährt werden [22]). Ebenso kann der Deputant vom Gutsherrn Schadensersatz verlangen, wenn beispielsweise der Lohn unpünktlich gezahlt wird. Der Gutsbesitzer kann aber z. B. aus dem Gesichtspunkt der Vertragsverletzung nie Ersatz von Hofgängern für einen Schaden verlangen, da er in keinem Vertragsverhältnis zu ihnen steht. Andererseits kann der Deputant einen Schaden, den der Hofgänger erlitten hat, nach den Grundsätzen über die Schadensliquidation im Drittinteresse geltend machen [23]). Wie von Enneccerus, Krückmann und Siber betont worden ist, ist bei Forde-

21) Hueck, JW. 1934 S. 1023.

22) Vgl. LAG. Königsberg, Landarbeitgeber 1932 Nr. 42.

23) Darüber neuestens zu dem viel erörterten Problem die sehr eingehende Schrift von Reinhardt: Der Ersatz des Drittschadens, 1933. Vgl. etwa noch RG. 87/292, 93/40, Henle S. 578.

rungen ohne eigenes Gläubigerinteresse auf die Berechtigung der Liquidation des Drittschadens zu schließen.

Weitere Ausführungen würden den Rahmen der Arbeit überschreiten.

Der Deputant haftet für eine schädigende Handlung des Hofgängers gemäß § 831 BGB. Die schädigende Handlung muß naturgemäß im Kreise der Verrichtungen liegen, für die der Hofgänger bestellt ist und muß in Ausübung und nicht nur aus Anlaß oder bei Gelegenheit der Ausübung der Verrichtung verübt sein. Ein Verschulden des Hofgängers ist nicht erforderlich.

Der Deputant haftet weiter für die Sorgfalt bei der Auswahl, Gestellung und Überwachung des Hofgängers. Die einzelnen Dienstleistungen jedoch liegen nicht innerhalb des durch den Dienstverschaffungsvertrag umgrenzten Pflichtenkreises des Deputanten. Er haftet daher nur dann für ein Verschulden des Hofgängers, wenn er den Umständen nach die Gewähr dafür übernommen hat, daß der Hofgänger den Dienst ordnungsmäßig leisten werde [24]). Ob eine solche Gewähr übernommen worden ist, hängt letztlich von den lokalen Anschauungen ab [25]). Im Zweifel wird man davon ausgehen können, daß keine solche Gewähr übernommen ist. Die soziale Schutzbedürftigkeit des Deputanten spricht dagegen.

II. Schweizervertrag.

1) Zweifelhaft kann auch die Frage sein, zwischen welchen Parteien beim Schweizer-, Melker-, Vorschnittervertrag Rechtsbeziehungen bestehen. Die Frage kann nicht einheitlich beantwortet werden. Entscheidend sind auch hier die örtlichen Gebräuche und Rechtsanschauungen. Dabei können auch hier die Tarifverträge, wenn sie auch nicht mehr gelten, als Indiz für den mutmaßlichen Vertragsinhalt herangezogen werden [26]) [27]). Es müssen daher in jedem einzelnen Fall die Rechtsanschauungen der betreffenden Gegend auf das sorgfältigste untersucht werden. Als Anhaltspunkt kann nur dienen, daß

---

24) Vgl. RG. 82 S. 427 ff., vgl. aber auch RG. JW. 1920 S. 284 (Anm. Oertmann), wo es heißt, es sei bedenklich, die in RG 82 S. 427 ausgesprochenen Grundsätze auf alle Fälle des Dienstvertrages anzuwenden. M. E. spricht aber die Natur des Vertrages zwingend für eine Begrenzung der Haftung.

25) Molitor, Kartenauskunftei a.a.O.

26) Nach dem Schweizertarif für Ost- und Westhavelland v. 14. 3. 29, dem Schweizertarif zw. dem Märkischen Verband ländl. Arbeitgeber und Vereinigt. Schweizerverbänden v. 17. 12. 24 treten die vom Obermelker angeworbenen Melker nur zu diesen und nicht auch zu dem Gutsherrn in Vertragsbeziehungen. Vgl. LAG. Berlin Rubens Nr. 2045 u. 2046. Vgl. über Vorschnitter LAG. Berlin Rubens Nr. 2043 u. Mitt. 1930 I. 188. Nach § 11 des schles. Melkertarifs v. 4. 5. 1929 treten die vom Melkermeister einzustellenden Hilfskräfte zum Viehhalter in ein unmittelbares Arbeitsverhältnis. Vgl. LAG. Breslau, Landarbeitgeber 1932 Nr. 20.

27) Soweit Regelung durch Tarifordnung erfolgt, regelt diese alle von ihr erfaßten Arbeitsverhältnisse zwingend (§ 32 Abs. 2 AOG.).

unmittelbare Rechtsbeziehungen zwischen Gutsherrn und Hilfskräften das sozial Gesündeste und wirtschaftlich Berechtigtste sind, sodaß solche im Zweifel anzunehmen sind.

2) Bestehen vertraglich Beziehungen zwischen Gutsherrn und mittelbar Beschäftigten, so finden darauf die gewöhnlichen Vorschriften, insbesondere die vorläufige Landarbeiterordnung unmittelbare Anwendung (vgl. § 1 V.L.O.). Es gilt hier nichts Besonderes, sodaß sich eine weitere Erörterung erübrigt. Natürlich haftet der Oberschweizer, Obermelker usw. für ein Verschulden des mittelbar Beschäftigten weder aus § 278 noch aus § 831 BGB. Der Beschäftigte erfüllt dem Gutsherrn gegenüber eine Verpflichtung, die nur er allein trägt. Eine Haftung des Oberschweizers usw. kommt nur dann in Frage, wenn er eine eigene Verpflichtung, insbesondere die, seine Untergebenen zu beaufsichtigen und ordnungsmäßig anzuweisen, verletzt hat. Zwischen Oberschweizer und Schweizer usw. bestehen keine vertraglichen Beziehungen. Der Lohnanspruch, Schadensersatzanspruch, Urlaubsanspruch, Anspruch auf Aufwendungsersatz usw. steht allein dem Schweizer gegen den Gutsherrn zu. Zahlt beispielsweise der Gutsherr den Lohn an den Oberschweizer, damit dieser ihn verteile, und unterschlägt der Oberschweizer das Geld, so können die Beschäftigten sich an den Gutsherrn halten. Es kann nicht angenommen werden, daß die Schweizer dem Oberschweizer Vollmacht erteilt haben, daß er das Geld als ihr Vertreter annehme. Denn der Gutsherr zahlt an den Oberschweizer, um sich die Mühe zu ersparen, an jeden einzelnen Schweizer zahlen zu müssen. Die Beschäftigten dagegen haben keinerlei eigenes Interesse daran, daß an den Oberschweizer gezahlt wird. Für die Annahme einer stillschweigenden Vollmachtserteilung an den Oberschweizer besteht daher keinerlei Anhalt.

Für die Kündigungen gelten die §§ 56 ff. A.O.G. unmittelbar.

3) Bestehen keinerlei unmittelbare Vertragsbeziehungen zwischen Gutsherrn und Beschäftigten, so findet auf das Rechtsverhältnis alles oben beim Hofgängervertrag Gesagte sinngemäße Anwendung [28]).

Es bestehen aber folgende Abweichungen. Die Beschäftigten sind Erfüllungsgehilfen des mittelbaren Unternehmers im Sinn des § 278 BGB. Der Oberschweizer, Obermelker verpflichtet sich regelmäßig, bestimmte Arbeitsleistungen zu vollbringen, z. B. 50 Kühe zu besorgen. Die Zahl der Gehilfen, die er dazu benötigt, bleibt unerwähnt und ihm überlassen. Sollte die Zahl aber dennoch genannt sein, so stellt dies lediglich eine Modifikation der Erfüllung dar. Die Sachlage ist hier eine ganz andere als beim Hofgängervertrage, weil es dort vor allem auf die Gestellung von Personen, hier auf bestimmte

28) LAG. Altona v. 9. 3. 31, Landarbeitgeber 1931 Nr. 41 nimmt an, daß immer unmittelbare Rechtsbeziehungen zwischen Oberschweizer und Schweizer, nicht aber zwischen Schweizer und Gutsherrn bestehen. In dieser Allgemeinheit ist dies unrichtig.

Arbeitsleistungen ankommt. Die Stellung der Beschäftigten beim Melkervertrag ist daher typischerweise die von Erfüllungsgehilfen.

Ist der Beschäftigte aber Erfüllungsgehilfe, so schließt der Obermelker usw. über seine Arbeitskraft keinen Dienstverschaffungsvertrag, da, wie oben ausgeführt, das eine das andere ausschließt. Der Gutsherr kann dem Melker daher nicht unmittelbar kündigen, er kann auch den Dienstverschaffungsvertrag nicht kündigen und so die Kündigung des Beschäftigten mittelbar erzwingen. Aus der Treuepflicht des Oberschweizers folgt aber, daß er dem Gutsherrn gegenüber verpflichtet ist, offenbar schlechten Arbeitskräften, die Schaden anrichten, zu kündigen.

Der Gutsherr kann weiter bei schlechter Arbeitsleistung des Beschäftigten vom Obermelker Schadensersatz verlangen und in besonderen Fällen den ganzen Vertrag kündigen, falls ihm die Fortsetzung nicht zugemutet werden kann.

Kündigt der Gutsherr aber dennoch einem Beschäftigten, so sind folgende Fälle zu unterscheiden.

Wenn der Oberschweizer usw. widerspricht, so ist dem Beschäftigten keineswegs gekündigt. Der Obermelker ist jedoch evtl. wegen Verletzung der Treupflicht schadensersatzpflichtig.

Falls der Obermelker zum Ausdruck bringt, daß auch er die Kündigung wünsche, so liegt darin die Kündigung des Beschäftigten. Daran kann auch nichts ändern, daß der Oberschweizer die Kündigung bereits für erfolgt hielt, da er durch seine Erklärung jedenfalls auch das Rechtsverhältnis zur Auflösung bringen wollte. Die juristischen Feinheiten wußten die Beteiligten nicht.

Der häufigste Fall wird der sein, daß der Obermelker schweigt, weil er die Kündigung für wirksam hält und nichts dazu sagen zu können glaubt. In diesem Fall ist die Kündigung unwirksam. Sie kann nicht gemäß § 185 BGB.[29]) von seiner Genehmigung abhängig sein, da Kündigungen bedingungsfeindlich sind und auch nicht zulassen, daß sie von Genehmigungen abhängen.

Für die Kündigung durch den Obermelker gelten die §§ 56 ff. A.O.G. nicht unmittelbar, da nicht er, sondern der Gutsherr den Betrieb unterhält. Jedoch kommt es bei jenen Bestimmungen vorwiegend auf die Mindestzahl von 10 Beschäftigten und einjährige Beschäftigung an. Liegen letztere Voraussetzungen vor, so dürften die §§ 56 ff. A.O.G. entsprechend anwendbar sein.

Der Oberschweizer haftet für seine Erfüllungsgehilfen gemäß §§ 278 und 831 BGB. und nicht aus einem Dienstverschaffungsvertrag.

29) Die Kündigung ist Verfügung über die Rechte aus dem Vertrage, was unbestritten sein dürfte.

III. Hausmeistervertrag.

Zum Schluß ist hier nur noch, um Wiederholungen zu vermeiden, die Rechtslage beim Hausmeistervertrag zu erörtern [30]).

Der Hausmeister wird regelmäßig die Hilfskraft nur zu seiner eigenen Entlastung und Bequemlichkeit halten. In diesem Fall bestehen zwischen Hauswirt und Hilfskraft keinerlei vertragliche Beziehungen (vgl. S. 28). Es bestehen nur Dienstverträge zwischen Hilfskraft und Hausmeister und Hausmeister und Hauswirt. Auf diese Verträge finden die allgemeinen Vorschriften des BGB. Anwendung. Es gilt im übrigen alles entsprechend, was oben über den Hofgängervertrag gesagt wurde. Die Hilfskraft ist jedoch Erfüllungsgehilfe des Hausmeisters, da die Verbindlichkeit allein die Arbeitsleistung des Hausmeisters zum Gegenstand hat. Wenn die Hilfskraft ihm hilft, so erfüllt sie eine dem Hausmeister obliegende Verpflichtung (§ 278 BGB.). Die Übertragung sämtlicher Arbeiten auf die Hilfskraft ist dem Hausmeister nicht gestattet (§ 613 BGB.) [31]). Möglich ist nur, gewisse Arbeitsleistungen durch andere ausführen zu lassen, soweit nichts anderes vereinbart ist. Der Hausmeister schließt auch keinen Dienstverschaffungsvertrag über die Dienste der Hilfskraft, da er, wie gesagt, die Hilfskraft als Erfüllungsgehilfen annimmt und eins das andere ausschließt. Auf die Kündigung findet alles beim Schweizervertrag Gesagte entsprechende Anwendung. In diesem Fall wird die Treuepflicht aber nicht so weit gehen, daß der Portier verpflichtet ist, ungeeignete Hilfskräfte zu entlassen. Es besteht hier nicht die besondere Interessenlage wie beim Melker- und Schweizervertrag. Die Rechte des Hauswirts beschränken sich im allgemeinen, von Sonderfällen abgesehen, auf Schadensersatzforderungen.

Nur in Ausnahmefällen wird zwischen Hauswirt und Hilfskraft ein unmittelbarer Arbeitsvertrag bestehen. Das wird dann der Fall sein, wenn der Hauswirt von vornherein damit rechnet, daß der Portier Arbeitskräfte anstellen muß. Zahlt er in diesem Fall das Geld an den Hausmeister, so ist dieser nur sein Bevollmächtigter. Es gilt alles S. 36 Gesagte. Für einen Kündigungsschutz ist kein Raum, weil die Zahl der Beschäftigten nie mehr als 10 betragen dürfte.

IV. Zwischenmeister.

Wie oben ausgeführt (s. S. 4 f.), weist die Gruppe der Zwischenmeister die größten wirtschaftlichen Verschiedenheiten auf. Die Arbeit kann daher nicht alle Einzelheiten behandeln, sondern es sollen wichtige Fragen herausgegriffen werden.

---

30) Vgl. dazu auch Swarsensky, Der Hausmeistervertrag, Lpz. Diss. 1932, insb. S. 19 (teilweise abweichend).

31) Diese „im Zweifel" geltende Regelung ist in allen den häufigen Fällen nicht anwendbar, in denen es sich um vertretbare Handlungen handelt und der Hauswirt kein Interesse an persönlicher Leistung hat (vgl. auch § 267 BGB).

1) Die Beantwortung der Frage, zwischen welchen Parteien beim Zwischenmeistervertrag Vertragsbeziehungen bestehen, hängt von der wirtschaftlichen und sozialen Gestaltung des einzelnen Falles ab. Es sind die in den einzelnen Zweigen darüber bestehenden Rechtsansichten sorgfältig zu beachten. Zu unterstellen ist, daß die Beteiligten wahrscheinlich auch das Gewöhnliche gewollt haben. Wie oben gezeigt, kommt es entscheidend auf die wirtschaftliche Lage und Abhängigkeit der Zwischenperson an. Das gilt selbstverständlich auch hier. Zu beachten ist aber noch folgendes. In manchen Gewerbezweigen bilden sich ganz bestimmte Rechtsanschauungen aus, die möglicherweise nur für bestimmte Betriebe wirtschaftliche Berechtigung haben, nach allgemeiner Ansicht der beteiligten Kreise aber für alle Betriebe gelten. So müßte an sich in der Konfektion hinsichtlich der Frage, zwischen welchen Beteiligten Verträge bestehen, auf den Einzelfall abgestellt werden. In Wahrheit ist es aber so, daß, sofern nicht Sonderlagen vorliegen [32]), überall angenommen wird, daß die Beschäftigten nur zu dem Konfektionsschneider und nicht zu dem Unternehmer in Vertragsbeziehung stehen [33]).

Ganz allgemein ist darüber hinaus zu sagen, daß die Neigung besteht, den Zwischenmeister als selbständigen Vertragspartner anzusehen [34]). Der Grund dafür liegt darin, daß die Zwischenmeister sich geschichtlich aus selbständigen Handwerksmeistern entwickelt haben, was noch nachwirkt, und daß meist dieselbe Arbeit, die die Zwischenmeister leisten, auch von selbständigen Handwerkern gemacht wird.

Unabhängig davon ist die Frage, ob die Zwischenperson selbst Beschäftigter oder selbständig ist. Es ist möglich, daß sie dem Unternehmer gegenüber Beschäftigter ist, daß sie den beschäftigten Hilfskräften gegenüber aber als Unternehmer erscheint [35]).

2) Es sind auch hier wieder zwei verschiedene Fälle zu unterscheiden: Der Regelfall, daß der Zwischenmeister der Arbeitgeber der Hilfskräfte ist, und der Fall, daß zwischen Unternehmer und Gehilfen unmittelbare vertragliche Beziehungen bestehen.

3) a) Ist der Zwischenmeister Arbeitgeber, so finden auf das Verhältnis der Arbeiter und Angestellten zu ihm die gewöhnlichen Vorschriften der Gew.O. und des BGB. Anwendung. Die Bezahlung erfolgt nach Zeitlohn, Akkordlohn oder nach Zeitlohn mit Pensum-

---

32) Wie in RAG. v. 17. Juni 1931 (abgedruckt in Kartenauskunftei, Karte Zwischenmeister, s. S. 29 dieser Arbeit).

33) Vgl. auch Reichstarif für Herrenkonfektion v. 7. 4. 31, Tarifvertrag für die Blusen- und Kleiderkonfektion, Berlin, v. 9. 1. 29, Tarifvertrag zwischen dem Verband Deutscher Lohngewerbetreibender für Herren-, Knabenkonfektion und verwandte Berufe u. Deutschem Bekleidungsarbeiterverband, Ortsgruppe Berlin, v. 1. 12. 30.

34) Vgl. RAG. JW. 1932 S. 3529, 1932 S. 3526 u. S. 1271, LAG Berlin Mitt. IV S. 164 Nr. 1, LG. Berlin, JW. 1932 S. 3467.

35) Hueck-Nipperdey I. 42, 45 ff., RAG. JW. 1932 S. 1271.

prämien [36]). Den Lohn können die Beschäftigten nur vom Zwischenmeister und unter keinen Umständen vom Unternehmer verlangen. Ebenso stehen ihnen auch der Urlaubsanspruch und sonstige vermögensrechtliche Ansprüche nur gegen den Zwischenmeister zu.

Auf die Kündigung findet für Arbeiter, die der Gewerbeordnung unterliegen, § 122 f. Gew.O. Anwendung, für die nicht der Gew.O. unterliegenden Verträge gelten die §§ 621 ff. BGB. Für die technischen Angestellten gelten die §§ 133 a f. Gew.O. Für sämtliche Angestellte gilt ferner das Gesetz über die Fristen für die Kündigung von Angestellten v. 9. Juli 1926. Die Aushilfseinstellung regelt § 133 a c Gew.O. Auf die Kündigung finden die §§ 56 ff. A.O.G. Anwendung.

Durch Treuhänderrichtlinien und Tarifordnungen kann das Verhältnis der Zwischenmeister zu ihren Beschäftigten nicht geregelt werden (argumentum e contrario aus §§ 34 A.O.G., 20 Heimarbeitsges.).

b) α) Der Zwischenmeister steht in diesem Fall weiter zu dem Unternehmer in Vertragsbeziehung. Die Frage, ob er selbst Beschäftigter ist, hängt meist mit der anderen zusammen, ob er in einem Dienstvertragsverhältnis steht oder einen Werkvertrag geschlossen hat. Das Reichsgericht und ihm folgend das Reichsarbeitsgericht lassen die Frage, ob Dienst- oder Werkvertrag vorliege, Sache der Auslegung und der Abwägung der Umstände des Einzelfalles sein [37]).

Dienst- und Werkvertrag werden herkömmlicherweise danach unterschieden [38]), ob die Arbeitsleistungen als solche oder der durch die Arbeit herbeizuführende Erfolg Gegenstand des Vertrages sind. In der Regel wird dies zur Unterscheidung aber nicht ausreichen. Man muß sämtliche Merkmale des konkreten Vertrages gegeneinander abwägen und sich für die Annahme desjenigen Vertrages entscheiden, dessen Voraussetzungen überwiegend erfüllt sind. Ganz entsprechend verfährt die Rechtsprechung, die sämtliche einzelnen Elemente des Vertrages einzeln darauf untersucht, ob sie für Dienst- oder Werkvertrag sprechen. Es würde zu weit führen dies im Einzelnen auszuführen.

Für einen Werkvertrag spricht, daß ein bestimmtes Arbeitsquantum für einen bestimmten Preis geleistet werden soll, weiter, daß die Zwischenperson auf eigene Rechnung handelt, also die Gefahr trägt. Für einen Dienstvertrag spricht, daß die Zwischenperson von den

---

36) Vgl. dazu RAG., JW. 1932 S. 1287 = Rag 5/355 = Bensh. 9 S. 352. Von Akkordlohn spricht man, wenn der eigenen Arbeitsleistung des Akkordarbeiters immer noch ein wesentlicher Einfluß auf die Höhe des Lohnes eingeräumt ist, daß dadurch dem System als Ganzem sein charakteristisches Gepräge gegeben wird. Von Zeitlohn verbunden mit Pensumprämien spricht man, wenn der eigene Einfluß des einzelnen Arbeiters auf die Gestaltung des Arbeitslohns eine verhältnismäßig geringe Rolle spielt (z. B. wenn Gruppen zusammenarbeiten), aber bei guten Leistungen Zuschuß gewährt wird.

37) z. B. RAG., Landarbeitsgeber 1932 Nr. 58.

38) Unterscheidung jetzt auch wichtig nach dem Gesetz zur Regelung des Arbeitseinsatzes, da selbständige Dienst- und Werkverträge dadurch nicht erfaßt werden (Krause, JW. 1934 S. 2305 ff.).

Weisungen des Unternehmers abhängig ist und dieser eine starke Einflußnahme auf den Arbeitshergang ausübt. Bei einem Werkvertrag wird der Umfang der Tätigkeit bestimmt durch ein Ziel der Leistung, beim Dienstvertrag wird der Umfang der Tätigkeit durch Angabe ihrer Dauer bestimmt [39]).

In der Rechtsprechung sind vor allem Fälle des Ziegelmeistervertrages erörtert. Regelmäßig hat man sich für ein Dienstverhältnis entschieden. (RG. 4/423, 37/278, RAG. 4/269, OLG. 15/43 ff., 29/4, OVG. (Staatssteuersachen) 10/133). Als Werkunternehmer wird der Ziegelmeister von RG. 72/281 ff. und OVG. 14/404 anerkannt. Hier lagen besondere Fälle vor. Jene Entscheidungen erscheinen auch soziologisch richtig. Man wird ihnen beipflichten und darüber hinaus den Satz aufstellen können, daß der Zwischenmeister in der Mehrzahl der Fälle Dienstverpflichteter ist. Denn wie oben S. 4 ausgeführt, handelt es sich bei den Zwischenmeistern hauptsächlich um wirtschaftlich schwache Personen. Wesentliches Merkmal der Arbeitnehmerstellung ist aber die wirtschaftliche Abhängigkeit (§ 5 Abs. 1 Satz 2 AGG. Neufassung) [40]).

β) Steht der Zwischenmeister zu dem Unternehmer in einem Dienstvertragsverhältnis, so finden, abgesehen von den §§ 611 ff. BGB. die Vorschriften des Arbeitsrechts, insbesondere der Gew.O. auf sein Verhältnis zum Unternehmer Anwendung.

Zweifelhaft kann sein, ob die allgemeinen Vorschriften des A.O.G. auf das Arbeitsverhältnis zwischen Zwischenmeister und Unternehmer Anwendung finden. Wichtig ist dies (wegen § 5 II A.O.G.) im wesentlichen nur für die Kündigungsschutzrechte. Hueck verneint die Frage (JW. 1934 S. 1024) mit der Begründung, daß die Genannten keine echten Beschäftigten seien und nicht zur Betriebsgefolgschaft gehören. Der Meinung von Hueck ist zuzustimmen. Wenn auch die Zwischenmeister in einem Arbeitsvertragsverhältnis zum Unternehmer stehen (vgl. auch Fassung des § 5 A.G.G.), so ist doch zu bedenken, daß die §§ 56 ff. A.O.G. die §§ 84 ff. Betriebsrätegesetz ersetzen und fortführen sollen. Die §§ 84 ff. BRGes. fanden aber auf Zwischenmeister keine Anwendung (vgl. § 10 Abs. 2 BRGes.) [41]).

Die §§ 56 ff. A.O.G. können auch nicht analog auf die Kündigung der Zwischenmeister durch den Unternehmer angewandt werden.

αα) Die Regelung des Arbeitsverhältnisses der Zwischenmeister im Verhältnis zum Unternehmer kann durch Betriebsordnung, Treuhänderrichtlinien und Tarifordnung erfolgen, sofern der Reichsarbeitsminister sie den Hausgewerbetreibenden gleichstellt, die in der Regel allein oder mit ihren Familienangehörigen und nicht mehr als

---

39) Henle S. 78.

40) Vgl. LAG. Jena, Arb.Rspr. 1934 S. 337. Früher legte man den Hauptwert auf die persönliche Abhängigkeit.

41) Ebenso wie Hueck: Mansfeld-Pohl-Steinmann-Krause § 56 Anm. 2 S. 493. Abweichend Stritzke JW. 1934 S. 599.

zwei fremden Hilfskräften arbeiten. (§§ 34, 32, 33 A.O.G., § 20 mit § 2, 3 des Heimarbeitsgesetzes, § 1 der Durchführungsverordnung, RGBl. 1934 S. 225).

ββ) Für das Arbeitsverhältnis der Zwischenmeister usw. gilt noch folgendes. Die Lohnforderungen gegen den Unternehmer genießen den Schutz des Lohnbeschlagnahmegesetzes [42]) und das Vorrecht aus § 61 Ziffer 1 K.O. Dabei kann kein Unterschied gemacht werden, wieweit die Forderungen wirtschaftlich den Zwischenmeistern oder den Beschäftigten zustehen [43]), und wieweit der Zwischenmeister davon Werbungs-, Unterhaltungskosten und Lohnforderungen bezahlen muß. Die Forderung ist einheitlich.

Die Verjährung der Forderungen regelt sich nach § 196 BGB. Hinsichtlich der Zuständigkeit entscheidet § 5 A.G.G.

γ) Steht der Zwischenmeister zum Unternehmer in einem Werkvertragsverhältnis, so finden die §§ 631 ff. BGB. Anwendung. Für das A.O.G. ist kein Raum. Es handelt sich hierbei um ein Dauerschuldverhältnis, bei dem es nach allgemeinen Grundsätzen auch ein Kündigungsrecht aus wichtigem Grunde gibt. Ein wichtiger Grund kann regelmäßig nicht in der schlechten Arbeit eines Beschäftigten liegen. Nur, wenn das Interesse des Unternehmers besonders groß ist oder dauernd schlechte Arbeit von dem Beschäftigten geleistet wird, wird das anders sein. Die Abwägung ist Sache des Einzelfalles.

Eine Abhängigkeit der Arbeitsverhältnisse der Beschäftigten von dem Bestehen eines Arbeitsverhältnisses des Zwischenmeisters gibt es auf keinen Fall (s. S. 32 über Hofgängervertrag). Wenn der Zwischenmeister selbst nichts zu tun hat, so entfällt damit nicht ipso jure das Vertragsverhältnis der Beschäftigten, denen nur nach den gewöhnlichen Grundsätzen gekündigt werden kann. Der Zwischenmeister trägt insoweit das Risiko.

Eine Regelung der Vertragsbedingungen durch Betriebsordnung, Treuhänderrichtlinien und Tarifordnung erscheint ausgeschlossen, da die Zwischenmeister in unserem Fall nicht „wirtschaftlich unselbständig" sind (vgl. § 34 Abs. 2 A.O.G.).

Die Forderungen des Zwischenmeisters haben kein Konkursvorrecht, da § 61 Nr. 1 K.O. persönliche und wirtschaftliche Abhängigkeit voraussetzt [44]). Ebenso gelten die Vorschriften über die Lohnbeschlagnahme nicht (vgl. Fassung des § 33 Abs. 2 Heimarbeitsges). Zuständig sind die bürgerlichen Gerichte (§ 5 Abs. 1 des A.G.G.).

4) Zum Schluß ist nur kurz über den Fall zu sprechen, daß zwischen Unternehmer und Beschäftigten unmittelbare Vertragsbeziehungen bestehen. Es gilt hierbei nichts Besonderes, sodaß sich wei-

---

42) Nicht erst seit § 33 Heimarbeitsgesetzes, da es sich um Forderungen aus einem abhängigen Arbeitsverhältnis handelt.

43) RAG. JW. 1932 S. 3529 (zustimmend Anm. Höniger).

44) Jäger, Lehrbuch § 11 III A. 1.

tere Ausführungen erübrigen (vgl. S. 36). Zu betonen ist nur, daß die Beschäftigten in diesem Fall zur Gefolgschaft des Hauptbetriebsführers gehören und daß deshalb für sie das A.O.G. gilt.

V. Gruppenarbeitsvertrag.

1) Die dritte Gruppe der gewöhnlich unter der Bezeichnung „mittelbare Arbeitsverhältnisse" behandelten Rechtsverhältnisse umfaßt die Fälle, in denen eine Mehrzahl irgendwie zusammengefaßter Beschäftigter (z. B. Musikkapelle, Baukolonne, Künstlertruppe, Erntearbeiterkolonne) verpflichtet ist, Arbeit zu leisten. Den Arbeitsvertrag hat nur ein Mitglied der Gruppe, etwa der Kapellmeister, erste Geiger, Vorarbeiter usw. mit dem Unternehmer geschlossen.

Wie in den bereits behandelten Fällen ist festzustellen, zwischen welchen Personen Rechtsbeziehungen bestehen.

2) Von der Behandlung haben von vornherein die Fälle auszuscheiden, in denen die Kolonne, Gruppe usw. allein von dem Unternehmer zusammengestellt wird, z. B. wenn der Kaffeehausbesitzer allein die einzelnen Musiker engagiert und zu einer Kapelle zusammenstellt. In solchem Fall hat jeder einzelne Beschäftigte einen selbständigen Vertrag abgeschlossen. Es gilt nichts Besonderes [45]). Die Verträge stehen in keinem Abhängigkeitsverhältnis zu einander.

3) Auszuscheiden haben auch alle Fälle, in denen Gruppen (hauptsächlich Kapellen) in Form einer G. m. b. H., Genossenschaft usw. organisiert sind [46]). Auch hier ist die Rechtslage klar. Vertragspartnerin ist die juristische Person [47]).

4) Nach den Ausführungen S. 25 ff. kommt es für die Lösung der hier gestellten Frage darauf an, zwischen welchen Personen Verträge geschlossen sind. Verhandelt der Kapellmeister in eigenem Namen mit dem Unternehmer und schließt er in eigenem Namen mit den Kapellenmitgliedern ab, so können danach zwischen den einzelnen Musikern und dem Unternehmer keine unmittelbaren Rechtsbeziehungen bestehen. Es muß aber hier vor allem mit Nachdruck betont werden, daß die Ausdrücke der Verkehrssprache oft sehr lax sind und immer nur sinngemäß, nie rein wörtlich aufgefaßt werden dürfen (§ 133 BGB.). Fälle, in denen der Kapellmeister in eigenem Namen abschließt, gehören daher zu den Ausnahmen. Man muß be-

---

45) Im Sinn der herkömmlichen Terminologie handelt es sich hierbei um Betriebsgruppen. Darüber Nipperdey bei Staudinger II 2 Vorb. vor § 611 VI 19 a. Sehr eingehend über die Rechtsverhältnisse der Betriebsgruppe: Hengstenberg S. 19 u. 25—49, Rustmeier S. 5 ff.

46) Über die Rechtsformen bekannter Orchester: Scheffler S. 16.

47) Wenn sich auch in der Rechtsprechung seit längerem Tendenzen geltend machen, praktisch den Begriff der juristischen Person zu zertrümmern (vgl. RG. 99/233, Recht 1905 Nr. 743, dazu Schmelzeisen, S. 14), so kann dies nie dazu führen, zwischen einzelnen Gesellschaftern, Genossenschaftern und Unternehmern unmittelbare Rechtsbeziehungen anzuerkennen.

denken, daß die Stellung des Dienstberechtigten eine große Anzahl von Pflichten mit sich bringt, z. B. muß er den Lohn zahlen, auch wenn er selbst aus irgendwelchen Gründen vom Unternehmer keine Bezahlung erhält. Der Gruppenführer ist aber regelmäßig eine wirtschaftlich schwache Person. Ein kleiner Kapellmeister besitzt meist außer Instrument, Möbeln usw. kein eigenes Vermögen. Es ist nicht anzunehmen, daß ein solcher Mann als selbständiger Vertragspartner der übrigen Gruppenmitglieder auftreten wollte [48]).

Es gehört aus diesen Erwägungen zu den gesicherten Ergebnissen der Wissenschaft und Praxis, daß in allen Fällen, wo nicht unzweifelhaft etwas anderes vereinbart worden ist, der Kapellmeister, Vorarbeiter usw. nicht im eigenen Namen gehandelt hat und daher nicht Träger arbeitsrechtlicher Rechte und Pflichten als Arbeitgeber ist [49]). Da dieser Grundsatz ganz allgemein anerkannt ist, seien mir weitere Ausführungen erspart. Zu erwähnen ist nur, daß die Praxis zu Unrecht oft darauf abstellt, daß der Unternehmer die Steuern und Sozialabgaben zahlt. Die Verpflichtung zur Bezahlung von Sozialabgaben entspricht ganz anderen, mit dem hier in Frage stehenden Problem nicht in Zusammenhang stehenden Erwägungen (s. S. 9 ff.). Für das Steuerrecht sind die schuldrechtlichen Verhältnisse gleichgültig. Es entscheidet der äußere, in die Augen springende Tatbestand, nach dem die Gruppenmitglieder regelmäßig nicht Beschäftigte des Kapellmeisters usw., sondern des Unternehmers sind [50]).

5) In sehr vielen Fällen wird der Vorarbeiter, Kapellmeister von den Beschäftigten beauftragt sein, für sie alle einen Vertrag zu schließen. Die bisher herrschende Lehre nimmt nun an, daß die Gruppe eine Gesellschaft des bürgerlichen Rechts sei, als deren Geschäftsführer der Beauftragte handele [51]).

a) Diese Auffassung der Rechtslage erscheint zunächst einleuchtend. Da das Arbeitsentgelt allen gemeinsam als Gesamtsumme versprochen und die Gesamtheit der Gruppenmitglieder zur Arbeit verpflichtet ist, scheint das Schema der §§ 705 ff. BGB. durchaus zu passen. Weiter spricht für die Konstruktion, daß es regelmäßig nicht dem Unternehmer zustehen kann, mit den einzelnen Beschäftigten Sonderabkommen zu treffen und einzelnen Musikern zu kündigen.

Der Auffassung kann allgemein jedoch nicht zugestimmt werden. Es gibt eine Reihe von Fällen, in denen Gruppen keine Gesellschaften bilden.

---

48) RAG. Bd. 9 S. 355 ff.

49) LAG. Köln, Bensh. 2 S. 3, LAG. Berlin, Arbeitsgericht 27 S. 285, Rubens Rspr. Nr. 550, 551, 552, LAG. Berlin Mitt. IV. 57 Nr. III, Mitt. II 181 Nr. 11, IV 28 u. 31. Eine große Anzahl von Entscheidungen bringen darüber hinaus: Treitel, Arb.Ger. 1930, bes. S. 329, Simson, Arb.G. 1929 Sp. 7, Rustmeier S. 5.

50) Außer den bei Treitel a.a.O. und Rustmeier angeführten Entscheidungen noch R.Fin.Hof v. 10. 1. 29, Rspr. d. Arb.R. 1931 S. 39 zu § 36 Eink.Steuergesetz, auch R.Fin.Hof in JW. 1932 S. 1916.

51) Ebenso §§ 115 ff. des Entwurfs eines Allgemeinen Arbeitsvertragsgesetzes von 1923.

Die §§ 705 ff. BGB. sind ihrem Wesen nach für Verhältnisse von einer gewissen Dauer zugeschnitten. Gedacht ist vor allem an eine Vereinigung wirtschaftlich selbständiger Personen zu einem gemeinsamen Zweck. Sie passen daher nur auf solche Gruppen, in denen die Teilnehmer nicht dauernd wechseln können und heute diese, morgen jene Mitglieder umfassen.

Die Gruppenmitglieder schließen im anderen Fall keinen Gesellschaftsvertrag im Sinn des § 705 BGB. Der Wille, sich für einige Zeit gegenüber den anderen Gruppenmitgliedern zu binden, fehlt. Daß sie zusammen arbeiten, daß insbesondere Musiker zusammen spielen, hängt mit der Eigenart des Berufes zusammen. Daher wird auch der Austritt aus der Gruppe von keinem Gruppenmitglied als Kündigung der Gesellschaft (§ 723 BGB.), die allen anderen Gesellschaftern gegenüber erfolgen müßte [52]) empfunden. Andernfalls müßte auch die Gesellschaft als solche durch die Kündigung enden. Die Beauftragung des Kapellmeisters, ersten Geigers usw. durch die Gruppenmitglieder, mit den Wirten, Unternehmern zu verhandeln, ist danach Erteilung einer Vollmacht und bedeutet nicht ihre Bestellung als Geschäftsführer (§ 710 BGB.).

Gegen die Bejahung des Gesellschaftsverhältnisses bei Gruppen, deren Mitglieder jederzeit wechseln können, spricht weiter, daß die Mitglieder einer Gesellschaft gesamtschuldnerisch für Schulden aus Rechtsgeschäften, die von allen Mitgliedern oder dem Geschäftsführer für die Gesellschaft geschlossen werden, haften würden. Die Mitglieder würden weiter als Gesamtschuldner für die Auslagen der Geschäftsführer (§ 713 BGB.) haften, sie müßten für Geschäftsführung ohne Auftrag für die Gesellschaft und aus einer ungerechtfertigten Bereicherung des Gesellschaftsvermögens gesamtschuldnerisch einstehen. Die Gruppenmitglieder haben jedoch keine Veranlassung und nicht den Willen, diese weitgehende, einschneidende Bindung zu übernehmen. Man sollte die Bindung daher nur dann annehmen, wenn wirklich zwingende Gründe für ein Gesellschaftsverhältnis sprechen.

Dazu kommt, daß die Regeln der §§ 705 ff. BGB. auf die angeführten Gruppen in mancherlei Beziehung nicht passen. Die Vorschriften des Gesellschaftsrechts denken an Gruppen, die im Wirtschaftsprozeß eine gewisse selbständige Stellung einnehmen.

Die Beitragsleistung der Gesellschafter durch Leistung von Diensten wird in § 706 Abs. 3 BGB. als Ausnahme angesehen. Bei den angeführten Gruppen steht dagegen nur Dienstleistung der Mitglieder in Frage. § 721 BGB. redet davon, daß jeder Gesellschafter Rechnungsabschluß und Verteilung von Gewinn und Verlust erst nach Auflösung der Gesellschaft, evtl. am Schluß eines Geschäftsjahres verlangen kann. Bei den in Rede stehenden Gruppen erfolgt die Verteilung des Gewinnes jedoch sofort, nachdem der Unternehmer

---

52) OLG. 20 S. 31.

den Lohn gezahlt hat. Die Gruppenmitglieder sind ja völlig auf den Verdienst angewiesen.

Die §§ 730—735 BGB. sprechen von der Auseinandersetzung unter den Gesellschaftern im Fall der Auflösung der Gesellschaft. Diese Vorschriften könnten in den Fällen, die hier betrachtet werden, regelmäßig keine Anwendung finden. Zum Gesellschaftsvermögen würde nichts als die Lohnforderung gegen den Unternehmer gehören. Der Lohn wird aber immer sofort unter die Gruppenmitglieder verteilt. Die Gruppe führt keine Geschäftsbücher und Papiere. § 716 BGB. ist mithin nicht anwendbar. Es kann auch keine Rede davon sein, daß die Gruppe dadurch aufgelöst wird, daß ein Gesellschafter in Konkurs fällt (§ 728 BGB.). Der Konkurs berührt die Interessen der Gruppenmitglieder nicht. Die Gruppe könnte freilich durch den Tod eines Gruppenmitgliedes aufgelöst werden. Das geschieht aber nur dann, wenn die anderen allein nicht mehr gemeinsam arbeiten können, also aus rein tatsächlichen Gründen, die von den Gründen, die zur Aufstellung des § 727 BGB. geführt haben, ganz verschieden sind. Bei an sich häufig wechselnden Gruppen wird dieser Fall kaum praktisch werden.

Weiter ist zu bedenken, daß der Fall des § 724 BGB. nicht eintreten kann, § 725 BGB. nicht anwendbar erscheint und § 740 BGB. offensichtlich in den in Rede stehenden Fällen keine Bedeutung hat. Der entscheidende Punkt der Ablehnung des Gesellschaftsrechts ist aber, wie oben gesagt, daß jede Bindung der Gruppenmitglieder untereinander fehlt.

Die Anerkennung einer Gesellschaft setzt vertragliche Bindung der Beschäftigten untereinander voraus. Das wird bei bekannteren Künstlergruppen, Tanzkapellen, bei denen die einzelnen Mitglieder aufeinander eingespielt sind, wo die Gruppe ein selbständiges Programm eingeübt hat, der Fall sein. Sehr selten wird es aber bei Arbeiterkolonnen sein. Falls nicht besondere Arbeit geleistet wird, die ein Einarbeiten aufeinander voraussetzt, besteht kein Anlaß, die Gesellschaftseigenschaft der Gruppe anzuerkennen. Auch bei gewöhnlichen Kapellen wird man keine Gesellschaft anerkennen können, falls die Musiker sich nicht vorgenommen haben, längere Zeit zusammen zu spielen. Haben sich die Musiker beispielsweise gesagt, sie wollen solange zusammenbleiben, bis der Einzelne ein besseres Engagement erhält, dann wird man von einer Gesellschaft nicht reden können. Die Anerkennung einer Gruppe als Gesellschaft innerhalb des Arbeitsprozesses bedeutet eine moralische und soziale Hebung, die notwendigerweise mit einem Mehr an Selbstverantwortung verbunden ist[53]). Daher setzt die Anerkennung einer Gruppe als Gesellschaft voraus, daß sie nach außenhin geschlossen und als Einheit erscheint.

---

53) Hedemann, N.Z.f.A.R. 1924 Sp. 257 ff.

Man wird daher die einzelnen Fälle unterscheiden müssen und in einigen Fällen die Gruppe als Gesellschaft, in anderen dagegen nicht ansehen müssen.

c) Auch in den Fällen, in denen die Gesellschaftseigenschaft der Gruppe zu bejahen ist, sind gewisse Regeln unanwendbar (§§ 716, 730—735, 724, 725, 740 BGB.). Bei diesen Gruppen sind aber die wesentlichen Bestimmungen des Gesellschaftsrechts durchaus sachgemäß. Die gesamthänderische Bindung, die Auffassung des Gesellschaftsvertrages als gegenseitigen Vertrag, die Regeln über die Geschäftsführung, Gesellschaftsschulden, Kündigung und Ausscheiden von Gesellschaftern passen auf selbständige, nach außen als Einheit auftretende Gruppen.

6) Bilden die Gruppenmitglieder keine Gesellschaft, so ist der Gruppenführer der Vertreter der einzelnen Mitglieder. Jeder einzelne steht mit dem Unternehmer in arbeitsvertraglicher Beziehung. Die Forderung des Einzelnen richtet sich daher gegen den Unternehmer. Ihren Inhalt regelt das BGB., das AOG. und möglicherweise die Gew.O.[54]) und VLO. Die Lohnforderung genießt den Schutz des Lohnbeschlagnahmegesetzes und das Konkursvorrecht. Zuständig bei Prozessen ist das Arbeitsgericht.

Die Verträge der einzelnen Arbeiter werden bei Landarbeiterkolonnen unabhängig voneinander sein. Es bestehen keinerlei Beziehungen zwischen den einzelnen Verträgen.

Anders kann es bei Künstlergruppen (Tanz-, Schauspielergruppen, Kapellen) sein. In diesen Fällen kann doch eine gewisse Abhängigkeit der einzelnen Verträge voneinander bestehen. Die einzelnen Mitglieder können, auch wenn sie keine Gesellschaft bilden, ein Interesse daran haben, daß man ihre Gruppe nicht zerreißt. Daher ist in diesem Fall stillschweigend vertragsgemäß die Kündigung von einzelnen Mitgliedern der Gruppe ausgeschlossen. Der Unternehmer kann einzelnen Mitgliedern nicht kündigen. Gerade bei der Abhängigkeit der Verträge voneinander ist aber anzuerkennen, daß das schlechte Spiel eines einzelnen Mitglieds ein wichtiger Grund zur Kündigung aller Gruppenmitglieder ist. Einer Kündigung durch einzelne Mitglieder steht nichts im Wege. Der Unternehmer kann einen neuen Beschäftigten annehmen, muß aber auf die billigen Belange der Gruppe Rücksicht nehmen. Der neue Beschäftigte muß in seinen Fähigkeiten und Können den anderen Gruppenmitgliedern entsprechen.

Auch in dem Fall, daß die Gruppe keine Gesellschaft bildet, wird oft ein Gesamtlohn vereinbart sein. Läßt sich von vornherein erkennen, wieviel der Anteil des Einzelnen ist, so steht ihm in dieser Höhe ein selbständiger Lohnanspruch gegen den Unternehmer zu.

54) RAG., JW. 1934 S. 1935: Musiker, die in Gastwirtschaften und ähnl. Vergnügungsstätten beschäftigt sind, rechnen im allgemeinen zu den gewerblichen Beschäftigten i. S. des Tit. VII der Gew.O. Für sie gilt deshalb 14tägige Kündigung auch dann, wenn Vergütung nach Tagen bemessen ist.

Der Gesamtlohn enthält nur die Summe der Einzellöhne, deren Höhe entweder ausdrücklich oder stillschweigend vereinbart ist. Steht die Verteilung des Lohnes und die Höhe des auf jedes Gruppenmitglied entfallenden Anteils dahin, so wird darüber regelmäßig der Kapellmeister entscheiden oder eine Vereinbarung der Mitglieder untereinander getroffen. Die Entscheidung des Gruppenführers ist auch im Verhältnis von Unternehmer und Einzelnem bindend (Rechtsgedanke der §§ 315 f. BGB., besonders § 317 I, 318 I). In dieser Höhe kann er die Forderung gegen den Unternehmer geltend machen.

Wird der Lohn an ein Gruppenmitglied gezahlt, so ist, da dies vorwiegend im Interesse des Unternehmers geschieht, dieses Gruppenmitglied (etwa Kapellmeister) insoweit Bevollmächtigter des Unternehmers, nicht der Gruppenmitglieder. Wird der Lohn unterschlagen, so behalten die Mitglieder ihren Anspruch gegen den Unternehmer.

7) Der Fall, daß die Gruppe eine Gesellschaft bildet, ist des öfteren eingehend erörtert worden, so daß auf die einschlägige Literatur verwiesen werden kann. Es sei nur folgendes hier gesagt.

Bildet die Gruppe eine Gesellschaft, so sind die Rechtsbeziehungen zwischen Gesellschaft und Unternehmer und die zwischen Gesellschafter und Gesellschaft zu unterscheiden.

Sämtliche Ansprüche gegen den Unternehmer stehen nur der Gesellschaft zu, ebenso wie der Unternehmer nur einen Anspruch gegen die Gesellschafter in ihrer personenrechtlichen Verbundenheit hat. Zweifelhaft ist der Inhalt des Vertrages zwischen Gesellschaft und Unternehmer. Nach der früher herkömmlichen Begriffsjurisprudenz sagte man, daß zwischen Gesellschaft und Unternehmer ein Dienstverschaffungsvertrag, in dem die Gruppe die Dienstleistung ihrer Mitglieder verspricht, geschlossen sei [55]). In Wirklichkeit handelt es sich um einen einfachen Dienstvertrag, der nur die Besonderheit aufweist, daß die Arbeitsleistung von allen gemeinsam geschuldet wird und daß auch die Forderungen gegen den Unternehmer den Gruppenmitgliedern zur gesamten Hand zustehen [56]).

Die Forderung der Gesellschaft unterliegt den Regeln des BGB. Auch genießt sie das Konkursvorrecht und den Lohnbeschlagnahmeschutz, da sie Forderung aus abhängiger Arbeit ist.

Das einzelne Mitglied kann nie seinen Lohn allein einklagen. Der Lohn und sonstige Forderungen müssen entweder gemeinsam geltend gemacht werden oder sie können von einem Gesellschafter, dem Vertretungsmacht erteilt ist, nach allgemeinen Rechtsregeln für alle Gesellschafter verlangt werden. Nach § 714 BGB. ist der Geschäftsführer im Zweifel ermächtigt, die anderen Gesellschafter Dritten gegenüber zu vertreten.

---

55) Staudinger, Vorb. VI. 19 b vor § 611 BGB., Hueck-Nipperdey S. 432 Anm. 19, Ehrenzweig, Arb.R. 1931 S. 477, Rustmeier S. 55, Scheffler S. 44.

56) Appel, S. 59 ff., Büsing S. 49.

Die Forderung des Unternehmers richtet sich nur gegen die Gesellschaft. Für die Erfüllung der der Gesamtheit der Gesellschafter obliegenden Pflicht haftet nach §§ 714, 427, 421 BGB. jedes Mitglied der Gesellschaft persönlich [57]) sowohl mit dem Gesellschaftsvermögen wie mit ihrem sonstigen Vermögen.

Das einzelne Mitglied ist der Gesellschaft gegenüber zur Arbeitsleistung verpflichtet und hat Ansprüche aus dem Gesellschafterverhältnis gegen die Gesellschaft. Diese Ansprüche sind gesellschaftlicher Art, auf die aber die Vorschriften des Arbeitsrechts analoge Anwendung finden müssen. Insbesondere kann man den Forderungen nicht den Lohnschutz versagen, da sie wirtschaftlich Forderungen aus einem abhängigen Arbeitsverhältnis sind und der Schutzzweck des Lohnbeschlagnahmegesetzes Anwendung fordert [58]). Für Streitigkeiten über die Forderungen ist das Arbeitsgericht zuständig (§ 2 Abs. 2 Nr. 2 A.G.G.).

---

57) Staudinger, Vorb. VI 19 b vor § 611 BGB., Hueck-Nipperdey, S. 432.

58) So Sinzheimer, S. 124, a. M. Lotmar II 542, Staudinger a.a.O. Appel, S. 64. — Die Frage ist verwandt mit der anderen, ob banküberwiesenes Diensteinkommen noch wirtschaftlich Lohnforderung ist und Lohnschutz genießt. Bejahend mit herrschender Meinung Appelius, JW. 1931 S. 2088, Dageförde, Jugend und Recht 1934, S. 45, Zitate bei Grunau, JW. 1931 S. 2082 (der selbst anderer Meinung ist).

LEBENSLAUF.

Am 16. Novimber 1909 wurde ich in Berlin geboren. Mein Vater ist Postinspektor. Ich besuchte das Andreas-Realgymnasium in Berlin, das ich 1928 mit dem Zeugnis der Reife verließ. Die Rechte studierte ich an den Universitäten Berlin und Rostock. 1932 legte ich das Referendarexamen vor dem Kammergericht ab. Seitdem befinde ich mich im Vorbereitungsdienst. 1934 bestand ich das Doktorexamen.